Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde,

genehmigt von der

Juristischen Fakultät der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

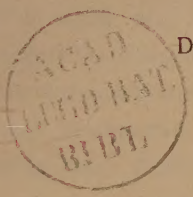
und zugleich mit den angehängten Thesen öffentlich zu verteidigen

am 17. Februar 1908

von

Jakob Rauch,

Diakon des Bistums Limburg.



Opponenten:

Herr Dr. iur. **Alexander Coulin**

Herr Kammergerichtsreferendar **Kurt Nowomiejski.**

Herr Kammergerichtsreferendar **Hans Rachfall.**

Druck der Limburger Vereinsdruckerei, G. m. b. H.

102

Inhalt.

Einleitung . . . . . § 1

A. Die Separatio perpetua.

Zeitliche und beständige Separation. Voraussetzungen der beständigen Separation . . . . § 2

Die Wirkungen der separatio perpetua . . . § 3

Wiederaufnahme des ehelichen Lebens . . . § 4

B. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Voraussetzungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft . . . . . § 5

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist keine Auflösung der Ehe . . . . . § 6

Die Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Allgemeinen . . . . . § 7

Die Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Einzelnen . . . . . § 8

Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft und ihre Wirkungen . . . . . § 9

Scheidung nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft § 10

Litteratur-Verzeichnis.

Behr, Zwei Streitfragen aus dem Eherecht, im Archiv für b. R. Bd. 25, S. 11 ff.

Binding, Lehrbuch des Strafrechts, bes. Teil, Bd. I, 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl., 1903/4.

Davidson, Recht der Ehescheidung, 1900.

Dernburg, das bürgerliche Recht, Bd. IV, Familienrecht.

Erler, Ehescheidungsrecht, 2. Aufl., 1900.

Freisen, Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur. 1888.

Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechts, 5. Aufl., 1903.

Francke, gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Arch. f. ziv. Pr., Bd. 98.

Frommhold, Kommentar zu Buch V des B. G. B.

Fuchs, Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft, 1880.

Glücks Pandektenkommentar, Bd. 26.

Heiner, Grundriß des katholischen Eherechts, 4. Aufl., 1900.

Jakobi, Das persönliche Eherecht des B G. B., 2. Aufl., 1899.

Kohler, in d. Zft. f. Zivilprozeß, Bd. 29, S. 1 ff.

Leske, Vergleichende Darstellung des B. G. B. u. des pr. A. L. R.

v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 14.—15. Aufl., 1905.

Matthiaß, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung in der Zeitschrift „Das Recht", 1903, S. 2 ff.

Mayer und Reis, Familien- und Erbrecht.

Mayer, K. L., Authebung der ehelichen Gemeinschaft; jur. Diss. Borna-Leipzig, 1902.

Mugdan, Materialien zum B. G. B.

Olshausen, Justus, Kommentar zum St. G. B., 7. Aufl., 1905/6.

Olshausen, Theodor, Ueber die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach dem B. G. B., im Archiv f. b. R., Bd. 23, S. 149 ff.

Opet u. Blume, Kommentar zum Familienrecht des B. G. B., 1906.

Pateck, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Rostocker jur. Diss. 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. IV, 3. Aufl., 1904.

Rubo, Kommentar zum St. G. B., 1879.

Sanchez, De sancto matrimonii sacramento libri X.

Sartorius, Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit. 1899.

Scherer, Handbuch des Kirchenrechts, Bd. 2, 1898.

Schmalzgrueber, Jus ecclesiasticum universale 1726 u. öfter.

Schmidt-Hedemann-Fuchs, Kommentar zum Familienrecht, München, 1907.

Seckel, Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem B. G. B. in der Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, 1900.

Seckel, Gestaltungsrechte, in der Festgabe der Berliner jur. Gesellschaft für Koch.

Siebenhar, Kommentar zum sächs. B. G. B., 2. Aufl., 1869.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Bd. IV, 2. Aufl., 1905.

Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, Bd. IV., 3. Aufl., 1900.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft, 1901.

Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen B. G. B.

Töpffer, Die Aufhebung d. ehel. Gemeinschaft n. d. B. G. B. Leipziger Diss. 1903.

Wernz, Jus decretalium 1898 sq. t. IV.

Wetzel, Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft im Arch. f. B. R., Bd. 26, S. 69 ff.

Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, Bd. 3, 1895.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Sammlung von Entscheidungen des bayrischen obersten Landesgerichts in Zivilsachen.

§ 1. Einleitung.

Darin stimmt das moderne bürgerliche Recht mit dem kanonischen Recht überein, daß die Ehe eine für immer eingegangene, also ihrem Wesen nach unauflösliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten sei. Ein Unterschied besteht jedoch zwischen beiden in der Art, wie diese Unauflösbarkeit aufgefaßt und durchgeführt wird. Das bürgerliche Recht kennt nur eine ideelle, grundsätzliche Unauflösbarkeit der Ehe und läßt ausnahmsweise in solchen Fällen, in denen die ehelichen Pflichten durch Verschulden eines oder beider Gatten aufs schwerste verletzt worden sind oder infolge qualifizierter Geisteskrankheit eines Gatten jede Lebensgemeinschaft mit ihm tatsächlich aufgehoben ist, eine gänzliche Auflösung der Ehe zu. Das kanonische Recht dagegen hält auch in diesen Fällen die Unauflöslichkeit des matrimonium ratum et consummatum fest und gestattet nur bei der schwersten Verletzung der Ehepflichten seitens eines Gatten eine dauernde Aufhebung der an sich von der Ehe geforderten Lebensgemeinschaft der Gatten.

Die katholische Kirche hat ihren Standpunkt in langen Kämpfen zur Anerkennung gebracht und allen Angriffen gegenüber festgehalten.[1]) Durch das evangelische Kirchenrecht ist dagegen die eigentliche Ehescheidung wieder in Aufnahme gekommen. Gegenüber der verschiedenen Auffassung der Unauflösbarkeit der Ehe in der katholischen und evangelischen Kirche haben die neueren weltlichen Gesetzgebungen in verschiedener Weise Stellung genommen. Die Geschichte dieser Frage braucht hier nicht von neuem aufgerollt zu werden.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch sucht dadurch beiden Auffassungen Raum zu gewähren, daß es für den Fall einer unhaltbar gewordenen Ehe zwei Auswege zur Verfügung stellt: Neben die eigentliche Scheidung der Ehe stellt es die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Diese Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist mit Rücksicht auf die katholische Auffassung von der Unauflösbarkeit der Ehe nach dem Vorbild der kanonischen separatio

---

[1]) S. Freisen, Geschichte des kanonischen Eherechts S. 775 f.

[2]) S. darüber Friedberg § 158 IV, K. B. Mayer S. 1—14.

perpetua geschaffen. Die Ausgestaltung derselben Idee nach dem kanonischen und dem geltenden deutschen Reichsrecht zu zeichnen, ist die Aufgabe dieser Abhandlung.

A. Die separatio perpetua.

§ 2. Zeitliche und beständige Separation. Voraussetzungen der beständigen Separation.

Das kanonische Recht kennt neben der beständigen auch eine zeitlich beschränkte Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Diese separatio temporaria hat vor allem den Zweck, in zerrütteten Ehen wieder geordnete Verhältnisse herbeizuführen. Auch der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs kannte bei relativen Scheidungsgründen eine zeitlich beschränkte Trennung der Ehegatten zu dem Zweck, die Scheidung abzuwenden. Das B. G. B. hat sie nicht aufgenommen. Dagegen läßt § 627 C. P. O. für den Fall eines Eheprozesses ein Getrenntleben der Ehegatten auf Grund einer einstweiligen Verfügung des Gerichtes zu. Die separatio perpetua dagegen will vor allem den in seinem Recht gekränkten schuldlosen Ehegatten von den ihm dem anderen Teil gegenüber obliegenden Verpflichtungen befreien. Diese separatio perpetua oder absoluta ersetzt im kanonischen Recht die bürgerliche Scheidung und ist das unmittelbare Vorbild der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Nur sie ist im Folgenden zu behandeln.

Als hinreichender Grund für die beständige Trennung ist nur der von einem Gatten begangene Ehebruch im eigentlichen Sinn anerkannt. Eine weitverbreitete Meinung stellt aber, ähnlich wie § 1565 B. G. B. bestimmte Handlungen der widernatürlichen Unzucht dem Ehebruch als Trennungsgrund gleich.[1]) Die Instruktion für die geistlichen Gerichte Oesterreichs kennt in § 207 nur den eigentlichen Ehebruch als Grund der dauernden Trennung. In den schwersten Fällen der Apostasie und Häresie, die schon früh als ein geistiger Ehebruch aufgefaßt werden[2]), konnte der Richter früher ebenfalls auf beständige Trennung erkennen.[3]) Dies dürfte jedoch heute nicht mehr praktisch sein.[4]) Nur wenige

[1]) So z. B. Sanchez l. X, disp. IV; dagegen schon die Glosse zu c 7, C 32 qu. 7 v. sodomita; Scherer S. 587 u. a.
[2]) c 5, 6, C 28 qu 2.
[3]) c 6 X IV, 19.
[4]) Scherer S. 587.

Kanonisten lassen auch bei besonders schweren Sävitien eine dauernde Trennung der Gatten zu.[1])

Das aus dem Ehebruch des einen Gatten dem anderen entstandene Recht zur Trennung erlischt wieder nicht nur durch Verzeihung, sondern auch durch Compensation, wenn nämlich der trennungsberechtigte Gatte sich ebenfalls des Ehebruchs schuldig macht.[2]) Dagegen ist Zeitablauf auf dasselbe an sich ohne Einfluß.[3])

Im älteren Recht ist die Ehescheidung ein mehr oder weniger formalisiertes Rechtsgeschäft, das sich lediglich zwischen den Gatten abspielt. Das kanonische Recht dagegen hat einen Eheprozeß geschaffen. Alle Angelegenheiten, die sich auf Sein oder Nichtsein der Ehe oder auf Trennung der Ehegatten beziehen, sind in Form des Prozesses unter Mitwirkung des kirchlichen Richters zu erledigen. Der kanonische Separationsprozeß unterscheidet sich jedoch besonders in zwei Punkten von dem bürgerlichen Scheidungsprozeß. Das Separationsurteil ist nämlich einmal nicht wie das bürgerliche Scheidungsurteil konstitutiv, sondern nur deklarativ. Es stellt nur fest, daß der Kläger berechtigt ist, sich von dem Beklagten zu trennen. Er führt dann selbst die Trennung auf Grund des ihm zuerkannten Rechts herbei.[4]) Ferner erlangt das Separationsurteil niemals die materielle Rechtskraft, sodaß ein etwaiges Fehlurteil durch den Nachweis der wahren Rechtslage stets entkräftet werden kann.[5])

§ 3. Die Wirkungen der separatio perpetua.

Zum richtigen Verständnis der Separationswirkungen bedarf es zunächst einer Betrachtung der juristischen Natur der Ehe selbst.

Jede Ehe ist zugleich ein Rechtsverhältnis, und nur als solches kommt sie für das Recht in Betracht. Sie ist „die rechtlich anerkannte und mit bestimmten rechtlichen Folgen ausgestattete Geschlechtsverbindung“[6]) oder „die Verbindung von Mann und Weib, die beide zu ungeteilter

[1]) Vgl. Scherer S. 587 Anm. 40.
[2]) c 4 X IV 19.
[3]) Sanchez l. X disp. III n. 9.
[4]) Vgl. U. a. Schmalzgrueber, Jus canonicum IV. 19 n. 135: Sententia divortii non dat ius divortii, sed solum illud ex adulterio innocenti quaesitum declarat, ut eo publice uti possit.
[5]) Scherer S. 583.
[6]) Friedberg § 160 I.

Lebensgemeinschaft mit einander verpflichtet.[1]) Sie ist Geschlechtsverbindung, insofern als sie die Verschiedenheit der Geschlechter und die sich daraus ergebende Ergänzungsbedürftigkeit des einen menschlichen Individuums durch ein solches des anderen Geschlechts zu ihrer Grundlage hat. Sie beschränkt sich aber niemals auf das geschlechtliche Moment, sondern dehnt sich auf die gesamten Lebensverhältnisse der Gatten aus und wird so zur ungeteilten Lebensgemeinschaft. Als eine Personen*verbindung* aber gleicht sie in ihrer juristischen Struktur vielfach der Gesellschaft. Wie bei der Gesellschaft, so verbinden sich auch bei der Ehe zwei Personen miteinander, um durch gemeinsame Tätigkeit Ziele zu erreichen, zu deren Erreichung die Einzelperson außerstande ist. Wie sich die Gesellschafter in dem Gesellschaftsvertrag gegen einander verpflichten, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern (§ 705 B. G. B.), so verpflichten die Ehegatten sich einander im Vertrag der Eheschließung, zur Erreichung der Ehezwecke zusammenwirken, oder, wie § 1353 B. G. B. sagt, zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Mit diesem Vergleich soll die Verschiedenheit der familienrechtlichen Ansprüche und Pflichten von vermögensrechtlichen Obligationen nicht verkannt werden. Es handelt sich nur darum, zu zeigen, daß diese Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft, die die Ehegatten gegeneinander haben, den eigentlichen Kern und das Wesen der Ehe ausmachen, an die sich alle anderen Rechtsfolgen der Ehe anschließen.[2]) Diese gegenseitigen Ansprüche und Pflichten der Ehegatten sind auch das vinculum matrimonii des kanonischen Rechts und der eigentliche Gegenstand des kirchlichen Eherechts.[3])

An diese Rechte und Pflichten der Gatten gegen einander schließen sich weitere Rechtsfolgen der verschiedensten Art auf allen Rechtsgebieten. Die Ehe begründet besondere Vermögensrechte, gegenseitiges Erbrecht der Ehegatten, sie begründet für die Frau einen besonderen Wohnsitz, gibt ihr Stand und Namen des Mannes; sie hemmt die Verjährung zwischen den Gatten, ist Strafausschließungsgrund u. a. m. Alle diese Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Wesen der Ehe, ohne selbst dies Wesen auszumachen. Sie können daher

---

[1]) Cosack, Lb. des bürgerl. R. § 285.

[2]) Vgl. Dernburg, Familienrecht § 1; Matthiaß S. 4 al. 3.

[3]) Heiner S. 28, 243. Vgl. Schmalzgrueber 1 n. 314: vinculum coningale, vi cuius obligantur ad individuam vitae societatem. Doch ist das Bild des vinculum lange nicht so klar und feststehend, wie man es bei seiner häufigen Verwendung erwarten sollte.

im einzelnen Fall verschieden ausgestaltet sein und unterliegen auch in weitem Umfang der Vertragsfreiheit.

Die unmittelbare Wirkung der Separation ist nun die Aufhebung der Pflichten zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Das kann nicht so verstanden werden, daß die Separation die Pflichten der Lebensgemeinschaft überhaupt, ihrer Substanz nach beseitige. Denn da die Ehe ihrem Begriffe nach die Gatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, so würde die gänzliche Vernichtung dieser Ansprüche und Pflichten die Vernichtung der Ehe selbst bedeuten.

Wenn die Ehegatten sich während der Ehe den ehelichen Pflichten entziehen können, so kann dies vielmehr nur in einer entsprechenden Abschwächung dieser Pflichten seinen Grund haben. In diesem Sinn wird die Separation auch von den Kanonisten aufgefaßt. Sanchez l. II. disp. 68 n. 4 erklärt: Es ist zu unterscheiden zwischen debitum exigere und debitum petere. Der Ehebrecher kann nicht mehr debitum exigere, sondern nur noch debitum petere. Gegenüber dem debitum exigere ist die grundlose Weigerung des anderen Teils ein Unrecht, eine Verletzung der iustitia. Gegenüber dem debitum petere des Ehebrechers weigert sich der andere Teil mit Recht (iuste negare potest).[1]) Was hier vom debitum coniugale im engeren Sinn gesagt ist, gilt im Fall der Separation von allen positiven Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft. Der schuldlose Teil ist also während der Separation nicht zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet, weil der schuldige Teil keinen rechtlichen Anspruch auf dieselbe hat. Daß aber dabei die ehelichen Rechte und Pflichten an sich fortdauern, zeigt sich im kanonischem Recht noch besonders deutlich darin, daß sie auch gegen den Willen der Gatten jederzeit wieder vollwirksam werden können. Wenn nämlich der schuldlose Teil nach der Separation selbst Ehebruch begeht, kann er die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr verweigern. Der schuldige Teil aber kann die Herstellung der Lebensgemeinschaft überhaupt nicht verweigern, sondern ist auf Verlangen des andern Teils stets zur Wiederaufnahme des ehelichen Lebens verpflichtet.

Die Wirkung der kanonischen Separation erstreckt sich nämlich lediglich auf das Recht des schuldigen Teils auf eheliche Lebensgemeinschaft und die ihr entsprechende Pflicht des schuldlosen Gatten. Einige ältere Kanonisten lehrten allerdings, der Ehebruch eines Gatten berechtige den anderen

[1]) Vgl. auch Wernz, ius decretalium IV. S. 977.

zunächst zur einseitigen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Wenn dieser aber dann auf Grund des Ehebruchs ein Trennungsurteil erstreite, seien beide Gatten gleichmäßig und für immer der ehelichen Pflichten ledig.[1]) Die fast allgemeine Ansicht geht aber dahin, daß das Recht zur Trennung für den einen Teil sofort mit dem Ehebruch des anderen Teiles entstehe und daß das lediglich deklarative Separationsurteil nur die notwendige Form sei, in der das schon entstandene Recht zur Trennung geltend gemacht werden müsse. Cum per divortium et eius sententiam nullum ius amiserit innocens et obligatione non liberatus sit nocens nisi consecutive, quamdiu non revocatus fuerit ab innocente.[2]) Also nicht rechtlich, sondern nur tatsächlich ist auch der schuldige Teil von den ehelichen Pflichten frei.

Die durch die Separation zu gunsten des schuldlosen Teils geschaffene Abschwächung erstreckt sich auf alle positiven ehelichen Pflichten, was in den Bezeichnungen: separatio a mensa et toro, a toro et cohabitione, a toro et mutua servitute zum Ausdruck kommt.

Sie tritt bei der dauernden Separation für immer ein, ohne Rücksicht auf das spätere Verhalten des schuldigen Teils. Auch wenn dieser sich vollkommen bessert, braucht ihn der schuldlose Teil doch nicht wieder aufzunehmen (divortium absolutum). Infolgedessen kann der Schuldlose auch die mit der Ehe an sich unvereinbaren Pflichten des geistlichen Standes auf sich nehmen, ohne der Zustimmung des schuldigen Teils zu bedürfen.

Trotz der gänzlichen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft dauert die Ehe an sich, in ihrem Wesen, dem „Bande" nach fort. Auch nach der Separation sind die Getrennten noch Ehegatten: Licet separentur, semper tamen coniuges erunt.[3]) Daraus ergibt sich vor allem, daß keiner der Getrennten zu Lebzeiten des andern Teils eine neue Ehe eingehen kann. Eine trotzdem abgeschlossene Verbindung würde wegen des impedimentum ligaminis nichtig sein.[4]) Aber auch die Pflicht der ehelichen Treue bleibt unverändert wirksam, geschlechtlicher Umgang der Getrennten mit dritten Personen ist Ehebruch.[5]) Andererseits ist die Möglich-

---

[1]) Sanchez l. X disp. X n. 2; so z. B. Huguccio in der Glosse zu c. 5 X IV, 19.

[2]) Schmalzgrueber IV. 19 n. 122; Sanchez a. a. O. n. 3.

[3]) c. 2 X IV, 19.

[4]) C. 32 qu 7.

[5]) c 4, 10 C 32 qu 7; c 5 X IV, 19 mit dem Summarium.

keit vorhanden, die aufgegebene Lebensgemeinschaft jederzeit wieder aufzunehmen.

Für die übrigen Rechtsfolgen der Ehe hat dagegen die beständige Trennung im ganzen dieselbe Bedeutung, wie die Auflösung der Ehe. Infolge der dauernden Trennung hören die „civilrechtlichen" Wirkungen der Ehe grundsätzlich auf.[1]) Der innere Grund dafür ist klar: die Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft sind der eigentliche Kern der Ehe; die übrigen Rechtsfolgen schließen sich an sie an und sind nur um ihretwillen da. Mit der dauernden Beseitigung der ehelichen Gemeinschaft haben also die übrigen Rechtsfolgen der Ehe ihren Grund und Zweck verloren und sind daher zu beseitigen. Infolge der beständigen Trennung erlöschen diese Rechtswirkungen der Ehe. Das hat nichts Auffälliges an sich. Dieselbe Erscheinung ist, wenn auch in geringerem Umfang, in anderen Fällen zu beobachten. Ebenso wie nach B. G. B. § 1932 das Erbrecht des überlebenden Ehegatten erlischt, auch wenn die Ehe noch nicht aufgelöst ist, sondern der andere Gatte nur die Scheidungsklage erhoben hat, oder wie die Schlüsselgewalt der Frau trotz der Ehe nicht besteht, soweit der Mann sie ausgeschlossen hat, § 1357, oder das dem Mann nach § 1385 zustehende Kündigungsrecht schon mit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft beseitigt ist, so erlöschen im Fall der dauernden Separation auch die übrigen sekundären Rechtsfolgen der Ehe. Im Zustand der Separation ist die Ehe nicht geeignet und fähig, die fraglichen Rechtswirkungen hervorzubringen. Trotzdem bleibt sie eine wirkliche Ehe, d. h. ein Rechtsverhältnis, das die Gatten zu ungeteilter Lebensgemeinschaft verpflichtet und das seine regelmäßigen durch die Separation beseitigten Rechtsfolgen im Fall der Wiederaufnahme des ehelichen Lebens jederzeit aus sich selbst wieder zu erzeugen vermag.

In welchem Umfang die beständige Trennung die sekundären Rechtsfolgen der Ehe zum Erlöschen bringt, läßt sich aus den älteren Quellen, insbesondere auch aus den kanonischen, nicht mit Sicherheit erkennen. Soviel steht jedenfalls fest, daß die separatio perpetua eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten zur Folge hatte. Diese war nach kanonischem wie nach deutschem Recht dahin geregelt, daß der schuldige Teil seine durch die Ehe am Vermögen des anderen Teiles begründeten Rechte verliert, der Unschuldige aber nicht nur sein eigenes Vermögen behält, sondern auch Anspruch auf alle Vorteile hat, die ihm

[1]) Friedberg § 158 Anm. 49.

auf Grund der Ehe bei deren Auflösung am Vermögen des anderen Teils gebühren.[1]) Aber auch im übrigen kann sich die separierte Ehe äußerlich nicht viel von der geschiedenen unterschieden haben.[2]) Von jeher war der Ausschluß der Wiederverheiratung der Hauptunterschied zwischen der Separation einerseits und der Scheidung und Nichtigkeitserklärung andererseits. Alle drei Institute sind in den Quellen mit demselben Namen „divortium" bezeichnet und in demselben Titel zusammengestellt. Die separatio perpetua ist aus der eigentlichen Scheidung entstanden und an deren Stelle getreten, indem die Kirche dieser gegenüber die Unzulässigkeit der Wiederverheiratung zu Lebzeiten des anderen Teils betonte.

Die spätere Entwickelung ging bei dem Schweigen der Quellen nach zwei Richtungen auseinander. Die einen betonen nachdrücklich die Fortdauer der Ehe und schließen von ihr aus auf die Fortdauer aller Rechtswirkungen der Ehe, die die eheliche Lebensgemeinschaft nicht zur notwendigen Voraussetzung haben oder durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift für beendet erklärt sind. Diese Auffassung liegt dem österreichischen B. G. B. zugrunde und ist auch für die Auslegung des code civil maßgebend gewesen. Die nachfolgende französische Gesetzgebung ist jedoch den Ergebnissen dieser Auslegung mehrfach entgegengetreten.[3]) Zu den Wirkungen der Ehe, die durch die beständige Trennung aufgehoben werden, gehört auch nach dieser Auffassung der eheliche Güterstand.[4]) Nach einer anderen Ansicht beseitigt die beständige Trennung dagegen grundsätzlich alle Wirkungen der Ehe gleich der Scheidung, soweit es die Natur der Sache zuläßt. Darnach bleiben hauptsächlich nur die negativen Wirkungen der Ehe in Kraft. Und diese Auffassung war im gemeinen Recht, wo die kanonische separatio perpetua, nicht eine bloße Nachbildung derselben, fortdauernd in Geltung war, die herrschende. Es galt als Grundsatz, daß die beständige Trennung, von der Möglichkeit der Wiederverheiratung abgesehen, in allen ihren Wirkungen der eigentlichen Scheidung gleichzusetzen sei. Darüber sagt Glücks Pandektenkommentar Bd. 26 S. 465: „Die Scheidung von Tisch und Bett unterscheidet sich eigentlich von der wahren Ehescheidung darin,

[1]) Stobbe-Lehmann, deutsches Privatrecht. § 311, I, 2 u. Anm. 9. vgl. c 10 X IV, 20.

[2]) Friedberg § 158 Anm. 49.

[3]) Zachariä—Crome Bd. III. S. 153.

[4]) Stobbe—Lehmann 311, II.

daß dadurch das Band der Ehe selbst nicht aufgelöst wird, sondern nur die ehelichen Rechte und Pflichten, welche das gemeinschaftliche Leben der Ehegatten und die eheliche Beiwohnung betreffen, entweder für immer oder nur auf Zeit erlassen werden. . . . Diese (die immerwährende Trennung) steht auch, bis auf die Unzulässigkeit einer zweiten Heyrath, der Ehescheidung völlig gleich." Dieser gemeinrechtliche Satz hat im sächsischen B. G. B. gesetzlichen Ausdruck gefunden. In § 1766 bestimmt es, daß bei katholischen Ehen an Stelle der Scheidung Trennung von Tisch und Bett zu treten habe „nach den in dieser Hinsicht allein maßgebenden Bestimmungen des kanonischen Rechtes." Sodann bestimmt § 1767: „Wird die Trennung von Tisch und Bette auf Lebenszeit erkannt, so hat sie alle Wirkungen einer Scheidung der Ehe, ausgenommen, daß kein Teil während des Lebens des anderen eine anderweite Ehe eingehen kann." Nach den Motiven bezieht sich dieser § auf die zivilrechtlichen Wirkungen der separatio perpetua. Er bringt nichts Neues, sondern gibt nur der gewöhnlichen Ansicht über die Wirkungen der separatio perpetua gesetzlichen Ausdruck.[1])

Diese Sätze wollen nicht sagen, daß die separatio perpetua die Ehe auflöse.[2]) Es ist unbestritten, daß die Ehe an sich, dem „Bande" nach fortdauert. Es werden nur wie bei der Scheidung bis auf die gedachte Ausnahme „die rechtlichen Wirkungen der Ehe aufgehoben".[3]) Die Form, in der die gemeinrechtliche Lehre zuweilen vorgetragen wird, deutet allerdings darauf hin, daß sie von manchen ebenso aufgefaßt wurde, wie Seckel u. a. die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B. G. B. konstruieren. So z. B. der § 1767 des sächsischen B. G. B. Aehnlich sagt Bertram, das Nassauische Privatrecht, § 1601: „die Scheidung von Tisch und Bett hat die Wirkung der Ehescheidung mit der Beschränkung, daß das Band der Ehe fortdauert, also der geschiedene Ehegatte nicht zu einer weiteren Ehe schreiten kann." Es wird freilich auch hier nicht gesagt, daß die Ehe aufgelöst sei. Aber alle Rechtsbeziehungen zwischen den Gatten sind gänzlich beseitigt, und nur in der Form eines Ehehindernisses für eine anderweite Ehe dauert die

---

[1]) Vgl. Siebenhaar, Kommentar zum sächs. B. G. B. zu § 1767.

[2]) Von der Auflösung der Ehe sind dagegen zu verstehen A. L. R. II, 1 § 734 und Weimarisches Kirchenregulativ von 1823 § 48. Diese Bestimmungen sind inhaltlich identisch mit § 77 P. St. G. Sie besagen, daß die vom geistlichen Gericht ausgesprochene Separation für das weltliche Forum in Zukunft nur noch dem Namen nach Separation, in Wirklichkeit aber Scheidung sei.

[3]) Vgl. § 1767 und 1746 des sächs. B. G. B.

alte Ehe zwischen den Gatten fort. Darnach kann es nicht weiter auffallen, wenn einige die separierte Ehe nicht mehr als eigentliche Ehe im Rechtssinn gelten lassen wollen: „Die Scheidung von Tisch und Bett löst unverkenntlich in den Beziehungen des bürgerlichen Lebens die Ehe (die volle persönliche Lebensgemeinschaft) selbst auf, und das als fortdauernd angenommene Band gehört der religiösen oder sittlichen Vorstellung an". [1]) Daß diese Auffassung den kanonischen, für das gemeine Recht maßgebenden Quellen nicht gerecht wird, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Sie ist aber auch konstruktiv unhaltbar. Denn wenn nach der Separation an der Ehe nichts mehr übrig ist, als ein verselbständigtes impedimentum ligaminis, wie können dann im Fall eines Ehebruchs des bisher schuldlosen Teiles alle übrigen Wirkungen der Ehe plötzlich wieder entstehen?[2]) Nach dieser Auffassung erscheint die Ehe als eine Anzahl nur äußerlich verbundener Rechtswirkungen, die sich beliebig von einander trennen lassen, Die gemeinsame Wurzel, aus der alle diese Wirkungen hervorgehen, wird ganz übersehen. Der gemeinrechtliche Grundsatz ist also nur ein kurzer Ausdruck für den Umfang der Separationswirkungen und kann nicht für eine juristische Konstruktion der Separation verwendet werden. Er ist aber auch nur ein Grundsatz und nicht ohne Ausnahmen. Auch abgesehen von dem Ausschluß der Wiederverheiratung ist die separierte Ehe noch von rechtlicher Bedeutung. Daß auch ein separierter Ehegatte noch einen Ehebruch begehen könne, somit zur ehelichen Treue verpflichtet sei, hebt Glück S. 469 hervor. Separierte Ehegatten wurden stets als Eheleute und Angehörige im Sinne des § 52 Str. G. B. betrachtet.[3]) Bestritten ist, ob nach der Separation der Ehebruch ebenso wie nach der Scheidung bestraft werden könne.[4]) Die in § 176, 2 und 177 St. G. B. bezeichneten Verbrechen sind auch zwischen separierten Ehegatten begrifflich unmöglich.[5]) Solche auch nach der Separation noch fortdauernde Rechtsfolgen der Ehe werden in der Litteratur kurzweg auf das noch bestehende „Band" der Ehe zurückgeführt. Da aber nirgends gesagt wird, was man sich unter dem Bande vorzustellen

[1]) So Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft, 1831 S. 44; mit denselben Worten schließt sich dieser Auffassung an Kraut, die Vormundschaft Bd. 2 S. 563.

[2]) Vgl. Glück S. 469.

[3]) Rubo, Kommentar zum St. G. B. zu § 52 N. 17.

[4]) Rubo zu § 172 N. 4.

[5]) Rubo zu § 176 Nr. 3.

habe (der oben näher bezeichnete kanonische Begriff kann regelmäßig nicht gemeint sein), so ist damit nichts erklärt.

Uneinigkeit herrschte über die Frage, ob die von der Frau während der Trennungszeit geborenen Kinder die Vermutung der ehelichen Geburt für sich hätten. Die kanonischen Quellen geben auch über diese Frage keine Auskunft.[1]) Für das kanonische Recht wird die Fortdauer der Vermutung angenommen.[2]) Auch für das Gebiet des gemeinen Rechts hat die Fortdauer der Vermutung Verteidiger gefunden.[3]) Zur Begründung dieses Satzes wird angeführt, dem getrennten Ehemann sei eine Annäherung an die Frau immerhin leichter möglich als jedem Dritten, auch dürfe man der getrennten Frau für den Fall einer Geburt nicht ohne weiteres einen Ehebruch unterstellen, sondern müsse bis zum Beweis des Gegenteils annehmen, daß sie die eheliche Treue gewahrt habe. Allein die Erfahrung zeigte, daß die Vermutung während der Trennung mit der Wirklichkeit meist in Widerspruch stand und die zwischen den Gatten bestehende Abneigung eher zu einem Ehebruch als zu einer nur vorübergehenden Annäherung führte. Die gemeinrechtliche Praxis stellte daher die beständige Trennung auch in diesem Punkt der Auflösung der Ehe gleich und fand dafür eine Stütze in l. 6 D I. 6: Infolge der Trennung hört das assidue morari der Gatten auf, worauf nach dieser Stellung die Vermutung: pater is est, quem nuptiae demonstrant vor allem beruht..[4]) In demselben Sinn ist auch sächs. B. G. B. § 1767 zu verstehen.[5]) Aus dem einfachen Ausschluß der Vermutung ehelichen Umgangs kann man noch nicht auf die Unehelichkeit der inzwischen erzeugten und geborenen Kinder schließen. Es ergibt sich zunächst nur, daß ihre Ehelichkeit beweisbedürftig ist. Man ging aber weiter und stellte eine Vermutung gegen das Stattfinden ehelichen Umganges zwischen den Getrennten auf: „Die Scheidung begründet bis zum Beweis des Gegenteils die Annahme, daß ein häusliches Beisammenwohnen eine geschlechtliche Beiwohnung der Eheleute nicht mehr stattgefunden habe, zumal eine Erneuerung der Beiwohnung die Rekonziliation stillschweigend enthielte und eine Aufhebung des Scheidungs-

[1]) c 2 X IV, 17 ist mit der Glosse von der Nichtigkeitserklärung zu verstehen.

[2]) Scherer § 70 Anm. 94. Pachmann, Kirchenrecht Bd. II. S. 417.

[3]) Vgl. Fuchs, Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft S. 8.

[4]) Fuchs S. 8; Urteil des bayerischen O. A. G. vom 12. Januar 1849 in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 15 S. 203.

[5]) Siebenhaar, Kommentar, § 1767 und Anm. zu 1756.

urteils hätte herbeiführen müssen.“[1]) Interessant ist, daß das englische Recht in dieser Frage den gleichen Standpunkt einnimmt. England hat nämlich allein unter allen protestantischen Ländern die kanonische separatio perpetua bis in die jüngste Zeit unverändert beibehalten. Fuchs S. 8 Anm. 11 zitiert folgende Stelle aus Blackstone, Commentaries on the laws of England 1825 vol. I. p. 457: „In a divorce a mensa et thoro, if the wife breeds children, they are bastards; for the law will presume the husband and wife conformable to the sentence of the separation, unless access be proved: but in a voluntary separation by agreement, the law will suppose acces, unless the negative be shown.“ Demnach sind also die von der Frau während der Trennung empfangenen und geborenen Kinder zunächst als uneheliche zu behandeln. Es streitet für sie keine Vermutung der Ehelichkeit. Dagegen wird auch der separierten Ehe nicht die Fähigkeit abgesprochen, das Rechtsverhältnis der ehelichen Kindschaft aus sich zu erzeugen. Das angeführte Urteil bezeichnet die infolge des wiederaufgenommenen ehelichen Umgangs eintretende Rekonzilation nur als eine (nach Auffassung des Urteils anscheinend notwendige) Begleiterscheinung dieser Handlung, nicht als unerläßliche Vorbedingung für die Ehelichkeit der geborenen Kinder. Auch brauchte man gar keine Vermutung für das Unterbleiben der Beiwohnung während der Trennungszeit, wenn die Separation schon für sich allein die Ehelichkeit ausschlösse. Demnach muß auch ein Beweis für die Ehelichkeit solcher Kinder geführt werden können dadurch, daß die Tatsache des ehelichen Umgangs zwischen den separierten Gatten während der Empfängniszeit nachgewiesen wird.

§ 4. Wiederaufnahme des ehelichen Lebens.

Die Separation löst die Ehe nicht auf, sondern hebt uur die eheliche Lebensgemeinschaft auf und die auf dieser beruhenden Rechtsfolgen der Ehe. Eine einfache Folge davon ist es, daß die eheliche Lebensgemeinschaft zu jeder Zeit wieder aufgenommen werden kann. Ob dies geschieht, hängt lediglich von dem schuldlosen Gatten ab, zu dessen Gunsten die Trennung eingetreten ist. Die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens und die damit eintretende Beendigung der Separation kann erfolgen mit und gegen seinen Willen. Mit seinem Willen erfolgt sie, wenn die Wiederaufnahme

[1]) So das zit. Urteil des bayerischen O. A. G. Ebenso Fuchs S. 8.

der Lebensgemeinschaft durch sein ausdrückliches Verlangen veranlaßt ist, wozu er nach kanonischem Recht befugt ist, da der schuldige Teil von sich aus zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft nicht berechtigt ist.[1]) Ebenso, wenn er sich auf Bitten des schuldigen Teiles mit der Wiederherstellung einverstanden erklärt. In beiden Handlungen liegt zugleich ein Verzicht auf das Recht, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft fernerhin zu verweigern. Die Beendigung der Separation und die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens ist formlos[2]) und kann daher auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Dieser Fall liegt vor überall da, wo der scheidungsberechtigte Teil dem andern gegenüber einen spezifisch ehelichen Anspruch geltend macht oder von diesem eine derartige Leistung widerspruchslos annimmt. Gegen den Willen des scheidungsberechtigten Teils tritt die Wiederherstellung dann ein, wenn er sein Recht auf die Trennung verwirkt. Dies geschieht, wenn er sich nachträglich selbst eines Ehebruchs schuldig macht. Nach der vorherrschenden Meinung tritt dann nachträglich Kompensation ein, und der zuerst schuldige Teil kann nunmehr auch seinerseits Wiederaufnahme des ehelichen Lebens verlangen.[3])

B. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 5. Voraussetzungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Das B. G. B. läßt einem Ehegatten, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, die Wahl statt dessen auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu klagen (§ 1575). Darnach ist die A. d. e. G. aus den gleichen Gründen zulässig wie die Scheidung. Diese Gründe sind in den §§ 1565-1569 erschöpfend aufgezählt. Das aus einem solchen Grund entstandene Recht auf Scheidung oder Aufhebung erlischt wieder, soweit ein Verschulden eines Gatten dabei in Betracht kommt, durch Verzeihung (§ 1570) und durch Fristablauf (§ 1571), nicht aber wie im kanonischen Recht durch Kompensation (s. § 1574). Auch das Prozeßverfahren ist bei der Aufhebung ganz dasselbe wie bei der Scheidung (§ 639 C.

[1]) Sanchez l. X. disp. X. n. 3. Schmalzgrueber IV, 19 n. 122.
[2]) Eine Form war im sächsischen B. G. B. § 1768 festgesetzt.
[3]) Schmalzgrueber IV, 19 n. 135.

P. O.). Beidemal tritt die Rechtsänderung ein mit der Rechtskraft des sie aussprechenden konstitutiven Urteils. Dieses stellt nach der herrschenden Auffassung nicht nur das Recht auf Scheidung bezw. Aufhebung fest, sondern ist auch die alleinige unmittelbare Ursache der eintretenden Rechtsänderung. Die Staatsgewalt löst die Ehe auf und hebt die eheliche Gemeinschaft auf. Dagegen nähern sich neuerdings der kanonischen Auffassung Kohler (Zft. f. Zivilprozeß, 29 S. 1. ff.), der das Urteil für nur deklarativ und den Parteiwillen für die alleinige Ursache der eintretenden Rechtsänderung erklärt, und Seckel (in d. Festgabe der Berliner jur. Gesellschaft für Koch), der die in der Klage enthaltene Parteiwillenserklärung und das richterliche Urteil für zwei gleichwertige, nur in ihrem Zusammentreffen die Wirkung erzielende Elemente hält.

Durch den einmal auf Aufhebung gerichteten Klagantrag verliert der Kläger nicht die Freiheit zwischen Scheidung und Aufhebung zu wählen. In jedem Stadium des Verfahrens, in dem noch neue Anträge zulässig sind, kann der Kläger den Aufhebungsantrag in einen Scheidungsantrag verwandeln und umgekehrt. Sogar dem allein schuldigen Beklagten ist in dieser Hinsicht das Recht zugestanden, auf einen Aufhebungsantrag des Klägers seinerseits mit einem Scheidungsantrag zu antworten, und das Gericht hat diesem Antrag gemäß zu erkennen, § 1575 Abs. 1, S. 2. Zu einem Aufhebungsurteil kann es daher nur kommen, wenn beide Parteien die Aufhebung wollen. Aber auch die einmal erkannte Aufhebung besteht nur mit dem Willen beider Beteiligten, jeder von ihnen kann auf Grund derselben einseitig die Scheidung herbeiführen. S. darüber unten § 10.

Mit diesen Bestimmungen folgt das B. G. B dem Vorbild des französischen Rechts. Dieses stellt neben die Ehescheidung die séparation de corps und überläßt es, wenn auch mit einigen Beschränkungen, den Beteiligten, sich für das eine oder andere zu entscheiden. [1])

§ 6. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist keine Auflösung der Ehe.

I. Allgemein wird zugegeben, daß die wahlweise neben der Scheidung stehende Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem Vorbilde der kanonischen separatio perpetua geschaffen worden ist zu dem Zweck der katholischen Auffassung über die Unauflösbarkeit der Ehe Raum zu gewähren.

[1]) Zachariä-Crome Bd. III. S. 166, 128.

Soll sie diesem Zweck genügen, so muß sie wenigstens in ihren Grundzügen mit dem kanonischen Institut übereinstimmen, also wie dieses, ohne die Fortdauer der Ehe zu gefährden, die Möglichkeit schaffen, die eheliche Gemeinschaft aufzugeben und die damit zusammenhängenden Rechtsfolgen der Ehe zu beseitigen. In diesem Sinn wird sie in der Tat von der herrschenden Meinung aufgefaßt, und auch das Reichsgericht hat schon einmal dieser Auffassung Ausdruck gegeben. In einer Entscheidung in Bd. 48 S. 148 wird gesagt, die A. d. e. G. gewähre die jederzeitige Möglichkeit, sofort auch die Lösung des Bandes der Ehe zu verlangen. Nach der Ansicht des Reichsgerichts dauert also die Ehe während der Aufhebung dem Bande nach fort. Dagegen lehrt eine Anzahl von Schriftstellern, die A. d. e. G. sei in ihrem Wesen wie die Scheidung Auflösung der Ehe. Wie bei der Scheidung werde auch bei der Aufhebung die Ehe aufgelöst, d. h. beendigt, vom Augenblick der Aufhebung an für die Zukunft vernichtet. Die Vertreter dieser Ansicht teilen sich wieder in zwei Gruppen. Die einen behaupten, die A. d. e. G. löse die Ehe fast ganz auf und lasse sie nur insoweit bestehen, als es zur Verhinderung der Eingehung einer neuen Ehe und zur Ermöglichung der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft notwendig sei. Dieser Ansicht, die schon vorher von dem Planckschen Kommentar N. 3 zu § 1586, Frommhold, Kommentar zu Buch V des B. G. B. Vorbemerkung vor § 1931 Nr. 2 und § 2077 Anm. 2, Mayer-Reis, Familien- und Erbrecht S. 11, Endemann, Lehrbuch des B. R. 3. Aufl. Bd. 2 S. 693 vorgetragen wurde, hat die ausführliche Darlegung und Begründung, die ihr Seckel in der Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Dernburg, Berlin 1900, hat zu Teil werden lassen, zu nachhaltiger Bedeutung verholfen. Ihr schließen sich auch an Cosack, Lb. des bürgerl. Rechts, 3. Aufl. § 290 Anm. 5, Binding, Lb. des Strafrechts 1, 2 S. 220, v. Liszt, Lb. des Strafr. § 116, die Dissertationen von K. L. Mayer, Patek u. a. Von demselben Grundgedanken aus, aber weitergehend als die Vorigen behaupten andere, durch die A. d. e. G. werde die Ehe gänzlich aufgelöst wie bei der Scheidung. Es trete aber ein besonderes Eheverbot in Kraft und die Wiederverheiratung der so geschiedenen Gatten könne formlos erfolgen. Diese Ansicht wird von Opet in seinem Kommentar zum Familienrecht vertreten, und in etwas abweichender Form von Behr, Archiv f. b. R. Bd. 25 S. 11 ff. in einem längeren Aufsatz aber in wenig überzeugender Weise entwickelt.

Die Vertreter der Ansicht, die A. d. e. G. sei Auflösung der Ehe, berufen sich für dieselbe einmal auf den klaren Wortlaut des § 1586 B. G. B., der eine andere Auslegung nicht zulasse, sowie darauf, daß nur ihre Ansicht zu annehmbaren Ergebnissen führe. Was davon zu halten ist, wird sich aus den folgenden Abschnitten ergeben. Daß diese Ansicht aber in Wirklichkeit dem Sinne des Gesetzes widerspricht und die Ehe bei A. d. e. G. fortdauert, erhellt aus folgenden Punkten:

1) Schon die Bezeichnung „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" weist darauf hin, daß eben nur die eheliche Lebensgemeinschaft aufgehoben, nicht aber auch das diese Gemeinschaft normalerweise freilich fordernde Rechtsverhältnis der Ehe selbst beseitigt ist. Die Beweiskraft dieses Argumentes würde auch dann nicht abgeschwächt werden, wenn sich aus den Gesetzesmaterialien nachweisen ließe, daß die Bezeichnung, auf die wir uns hier stützen, von einem früheren Gesetzesantrag her, der die Wirkungen der A. d. e. G. anders regeln wollte, stehen geblieben sei.[1]) Aber es steht gar nicht fest, wie weit ein Zusammenhang zwischen der A. d. e. G. und früheren während der Gesetzgebungsverhandlungen gestellten ähnlichen Anträgen besteht. Zu weit geht auch Seckel, der S. 357 f. der Ausdrucksweise des Gesetzes jede Beweiskraft abspricht. Wenn ihr auch nicht entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann, so bleibt sie immerhin geeignet einen Fingerzeig für das richtige Verständnis des Gesetzes abzugeben und das Gewicht der übrigen Argumente zu vermehren.[2])

2) Der § 55 des P. St. G. in der neuen Fassung nach a. 46 E. G. zum B. G. B. zählt nebeneinander auf die Auflösung der Ehe zu Lebzeiten der Gatten und die Aufhebung der e. G. nach § 1575 B. G. B. Diese Ausdrucksweise hat ihren Grund offensichtlich darin, daß im Sinne des Gesetzes die Aufhebung der e. G. keine Auflösung der Ehe ist. Denn sonst wäre die besondere Erwähnung der Aufhebung neben der Auflösung überflüssig, zumal da unter dem Ausdruck „Auflösung" bereits zwei Fälle der Auflösung nämlich nach § 1348 und § 1564 zusammengefaßt sind. Jede andere Erklärung ist gesucht und ohne Anhaltspunkt im Gesetz. Daher kommt es denn auch, daß die Verteidiger der Gegen-

---

[1]) So Wetzel im Archiv f. b. R. Bd. 26 S. 69; gemeint ist ein Antrag, der in der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B. gestellt worden war, s. Protokolle S. 5652, Mugdan IV. S. 890.

[2]) Schmidt zu 1586 N. 2 b. ß.

ansicht in der Erklärung dieser Ausdrucksweise so sehr auseinandergehen. Nach Seckel ist die A. d. e. G. gesondert aufgeführt, weil Aufhebung und Auflösung nicht durchaus identisch sind. Der Zweck des § 55, der für die standesregisterliche Evidenthaltung gewisser rechtlicher Vorgänge sorgen wolle, die die eingetragene Ehe beeinflussen, fordere die Auseinanderhaltung der sich in fast allen Punkten deckenden Begriffe. Wäre das richtig, so müßten aber doch auch die beiden unter dem Ausdruck „aufgelöst" zusammengefaßten Dinge gesondert aufgeführt werden, denn beide sind in ihren Rechtsfolgen verschieden genug. Wenn aber Behr S. 22 behauptet, die Möglichkeit der Wiederverheiratung sei für die Ausdrucksweise des Gesetzes maßgebend gewesen, denn in ihr liege der charakteristische Unterschied zwischen Scheidung und Aufhebung, der auch allein von Interesse für die Zwecke des Personenstandsgesetzes sei, so liegt die Unrichtigkeit dieser Behauptung auf der Hand. Mayer S. 43 behauptet, das Gesetz sage in § 55 „aufgelöst" und nicht „geschieden", weil die Eintragung erst nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils, wodurch die Auflösung der Ehe herbeigeführt werde, erfolgen solle. Diese Erklärung ist schon deswegen unhaltbar, weil der Ausdruck „aufgelöst" in § 55 nicht allein von der Scheidung, sondern auch von der Auflösung nach § 1348 zu verstehen ist.

3) Ist die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so kann nach § 1576 jeder der Gatten verlangen, daß die Ehe geschieden werde. In diesem Fall würde, wenigstens wenn man die A. d. e. G. für eine vollkommene Auflösung der Ehe ansieht, die bereits aufgelöste Ehe zum zweitenmal aufgelöst.

4) Bei der Aufhebung ist einerseits die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen, § 1586, und die Uebertretung dieses Verbotes hat die gleichen civil- und strafrechtlichen Folgen, wie jede andere Doppelehe. Dies geben auch die Vertreter der hier bekämpften Ansicht zu (ausgenommen Behr). Andererseits „fallen, sobald die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt wird, die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg." § 1587. Beides ergibt sich ganz folgerichtig von der Annahme aus, daß die Ehe bei A. d. e. G. nicht aufgelöst sei, sondern ihrem Wesen nach fortdauere. Weil sie nicht aufgelöst ist, kann eine neue Ehe nicht eingegangen werden, dagegen kann die aufgegebene Lebensgemeinschaft jederzeit ohne weiteres wieder aufgenommen werden. Infolge der Wiederaufnahme fällt die mit der Aufhebung ver-

bundenen Beschränkung der Rechtswirkungen der Ehe weg, sodaß diese wieder in ihrer normalen Gestalt erscheint. Von der Gegenansicht aus sind die Anordnungen des Gesetzes ganz unverständlich. Denn zu welchem Zweck sollte das Gesetz früheren Ehegatten, nachdem ihre Ehe gänzlich aufgelöst ist, die Wiederverheiratung untersagen? Oder was soll damit erreicht werden, daß man alle positiven Rechtsbeziehungen der Ehe löst, und nur die rein negative, nämlich den Ausschluß der Wiederverheiratung, die doch durch die positiven wesentlich bedingt ist, aufrecht erhält? Und warum sollte endlich das Gesetz für den doch gewiß nicht häufigen Fall, daß die früheren Gatten sich nach der A. d. e. G. einander wieder zu Gatten haben wollen, einen besonderen wegen seiner Formlosigkeit nicht unbedenklichen Weg eröffnen, statt auf die allgemeine Eheschließungsform nach § 1317 zu verweisen? Nur als harte Konsequenzen aus der Fortdauer der ganzen Ehe, nicht aber als Sonderbestimmungen, die doch irgend einen erkennbaren Zweck haben müßten, sind die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes zu verstehen.

5) Daß die A. d. e. G. keine Auflösung der Ehe ist, ergibt sich ferner aus der Ausdrucksweise des § 1587, die von der entgegengesetzten Annahme aus gar nicht zu verstehen ist, sodaß die Vertreter der Gegenansicht zuweilen den von ihnen bekämpften Satz stillschweigend zur Erklärung dieses § heranziehen müssen.

a. § 1587 geht von der Tatsache aus, daß die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt wird.[1]) Die Vertreter der Gegenansicht nehmen hier den von niemand bestrittenen Satz an, daß dieser Tatbestand vorhanden ist, sobald die Parteien wieder eine der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft mit einander beginnen. Diese Gemeinschaft könnte aber von ihrem Standpunkt aus niemals eine eheliche sein, denn eine eheliche Gemeinschaft ist nur in einer Ehe und zwischen Ehegatten möglich, nicht aber zwischen Unverheirateten. Eine eheliche Gemeinschaft

[1]) Die Ausdrücke „aufheben“ und „wiederherstellen“ sind in den §§ 1575, 1576, 1586, 1587 nicht im gleichen Sinn gebraucht. Aufheben bezw. Aufhebung bezeichnet immer den rechtlichen Vorgang; man wird jedoch auch das Auseinandergehen der Ehegatten nach Eintritt des entsprechenden Rechtserfolgs als Aufhebung bezeichnen dürfen. Umgekehrt bezeichnet „wiederherstellen“ in § 1587 zunächst nur dem tatsächlichen Vorgang. Doch wird man auch den mit dieser Handlung verbundenen Rechtsvorgang im Sinn des Gesetzes als Wiederherstellung zu bezeichnen haben.

ist also jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn man die A. d. e. G. schlechthin für eine Auflösung der Ehe ansieht. Aber auch das Seckelsche Restband ist nicht geeignet, die Herstellung einer ehelichen Gemeinschaft zwischen den Parteien zu ermöglichen, denn dieses Restband ist rein negativen Inhalts, die Parteien sind nicht mehr Ehegatten, sondern unverheiratet.

b. Sowohl der unter a) erwähnte Umstand, als auch ihr Grundsatz, sich streng an den Wortlaut des Gesetzes zu halten, müßte die Vertreter der verschiedenen Auflösungstheorien zu einer ganz anderen als der allgemein angenommenen Auffassung des Ausdrucks „wiederherstellen" in § 1587 führen. Da nämlich „Aufhebung der e. G." lediglich einen Rechtsvorgang bezeichnet, so muß man, wenn man nur auf den Wortlaut des Gesetzes sieht, unter dem genau entsprechenden Ausdruck „die e. G. wiederherstellen" ebenfalls nur einen Rechtsvorgang verstehen, ohne daß man dabei vom Standpunkt der Auflösungstheorien eine Handhabe hätte, dem § 1587 etwas über die Form oder den Tatbestand dieses Vorgangs zu entnehmen. Man müßte dann vielmehr weiter schließen: Aufhebung ist gänzliche oder teilweise Auflösung der Ehe; also muß Wiederherstellung gänzliche oder teilweise Wiederbegründung der Ehe sein. Da über die Form derselben nichts besonderes im Gesetz gesagt wird, so muß die allgemein für die Begründung einer Ehe vorgeschriebene Form des § 1317 beobachtet werden! Sieht man dagegen die A. d. e. G. nicht als Auflösung der Ehe an, so ergibt sich mühelos die allgemein als richtig angenommene Erklärung des § 1587, nun bleibt auch bei dieser Auffassung der verschiedene Sinn der sich anscheinend ganz entsprechenden Ausdrücke „aufheben" und „wiederherstellen" auffallend. Wenn aber diese allgemein angenommene Erklärung des § 1587 auch von den Vertretern der Auflösungstheorien durchweg geteilt wird, so liegt darin eine unbewußte Anlehnung an die von ihnen grundsätzlich bekämpfte Ansicht oder auch eine Reminiscenz an die separatio perpetua.

c) Am wenigsten ist der zweite Satzteil des § 1587: „so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg" vom Standpunkt der Gegenansicht zu verstehen. — Die Wirkungen der Wiederherstellung sind nach

Seckel IV, 1: „Die Ehe besteht ex nunc dem vollen Bande nach wieder, aber nicht als neue Ehe, sondern so, wie sie vor der A. d. e. G., deren Wirkungen wegfallen, bestandenhat.“ Die Wiederherstellung bewirkt den „Wegfall der Auflösungswirkungen und der anderen spezifischen Scheidungswirkungen.“ (IV, 3)[1]) Opet bemerkt zu § 1587 in N. 3: „Sie (die Wiederherstellung) hat ipso iure den Fortfall der mit der Separation eingetretenen, sowohl der aus der Separation speziell als Scheidung wie der aus ihr als Eheauflösungsmodus hergeleiteten Wirkungen und deren Ersetzung durch die dem Bestand einer Ehe entsprechende Gestaltung zur Folge. . .“

Beide Autoren nehmen also den unbestrittenen Satz an, daß die Ehegatten nach der Wiederherstellung wieder in einer normalen Ehe leben. Bei beiden wird dies Resultat anscheinend erschlossen aus den Worten des § 1587 „so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg.“ Von ihrer Grundauffassung aus ist dieser Schluß aber nicht möglich. Denn nach ihnen ist die Ehe entweder ganz oder fast ganz aufgelöst. Auflösung ist aber Beendigung eines Rechtsverhältnisses, seine Vernichtung für die Zukunft. Die Auflösung selbst wie auch die in ihr enthaltenen einzelnen Auflösungswirkungen sind also ganz vorübergehende, im Augenblick der Wiederherstellung bereits in der Vergangenheit liegende Wirkungen. Dieselben können infolge der Wiederherstellung nicht wegfallen, da sie ja zur Zeit der Wiederherstellung gar nicht mehr existieren. Dies gilt auch dann, wenn man die Auflösung mit Behr S. 38 und Mayer S. 116 als einen Zustand bezeichnet. Dieser Zustand ist nämlich so wenig etwas Reales, wie etwa der Zustand der Leerheit bei einem Fasse. Ein derartiger Zustand, der ja wesentlich in dem Mangel einer Realität besteht, kann nicht noch einmal wegfallen. Er kann wohl durch die Schaffung dieser Realität beseitigt werden, nicht aber kann die Realität durch das in sich unmögliche Wegfallen ihres Fehlens geschaffen werden. So wenig man das Faß füllen kann dadurch, daß man seine Leerheit wegfallen läßt, so wenig kann man eine Ehe begründen oder die positiven Wirkungen

[1]) Eigentlich müßte Seckel die Auflösung der Ehe selbst mit der Wiederherstellung wegfallen lassen, da er sie doch für die wichtigste mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen ansieht.

einer teilweise aufgelösten Ehe wiederherstellen dadurch, daß man die Auflösung oder die Auflösungswirkungen wegfallen läßt.

Von unserer Grundauffassung aus ergibt die hier in Betracht kommende Gesetzesstelle ungezwungen einen guten Sinn. Die Ehe ist darnach durch die Aufhebung nicht aufgelöst, sondern nur in ihren normalen Wirkungen beschränkt, so wie etwa das Eigentum an einem Grundstück durch eine umfassende Dienstbarkeit negativen Inhalts (non faciendi) beschränkt sein kann.[1]) Diese Beschränkung ist ein während der ganzen Aufhebungszeit bestehender Zustand, der mit der Wiederherstellung wegfällt und dessen Wegfallen das Wiederhervortreten der normalen Ehewirkungen zur notwendigen Folge hat.

6) Die Behauptung, die A. d. e. G. sei Auflösung der Ehe, setzt sich in Widerspruch mit dem offenkundigen und unbestrittenen Zweck der A. d. e. G. und der klaren Absicht ihrer Urheber. In der A. d. e. G. sollte, um der katholischen Auffassung von der Unauflösbarkeit der Ehe Raum zu gewähren, ein Institut geschaffen werden, das es ermöglicht, das eheliche Zusammenleben aufzugeben, ohne die Ehe selbst aufzulösen. Dieser Zweck der A. d. e. G. wäre bei ihrer Stellung im Gesetzbuch auch dann kaum zu verkennen, wenn die Entstehungsgeschichte des Gesetzes unbekannt wäre. Aber diese läßt keinen Zweifel über den Zweck dieses Rechtsinstitutes und die Absicht seiner Urheber aufkommen. Der Bericht der Reichstagskommission, in der die A. d. e. G. entstanden ist, sagt gleich am Anfang, die zur Beratung stehenden Anträge bezweckten, die dauernde Trennung von Tisch und Bett in das B. G. B. einzuführen. Die Anträge werden dann „vom Standpunkt des katholischen Volksteils“ aus begründet. Auf die religiösen Anschauungen der zahlreichen Katholiken müsse Rücksicht genommen werden. Gegenüber einem Antrag, den Wiedereintritt der aufgehobenen Ehewirkungen außer von der Wiederaufnahme des ehelichen Lebens noch von einer Anzeige an das Standesamt abhängig zu machen, wurde bemerkt, diese Einrichtung empfehle sich nicht, weil diese Anzeige oft unterbleiben werde. Daß dann die Ehe trotz der Wiederaufnahme in fast allen Richtungen als eine geschiedene gelte, sei untunlich. Also weil die Ehe noch besteht, soll der Wiedereintritt ihrer normalen Wirkungen nur von der Wiederaufnahme der e. G.,

[1]) Franke S. 444.

nicht auch noch von irgend einer Förmlichkeit abhängen. Aus den übrigen Gesetzesmaterialien ergibt sich noch, daß schon vorher drei verschiedene und jedesmal vergebliche Versuche gemacht worden sind, neben der gewöhnlichen eine die katholische Auffassung von der Unauflöslichkeit der Ehe berücksichtigende Ehescheidung in das B. G. B. einzuführen.[1]) Ferner teilte bei Beratung der A. d. e. G. in der Reichstagskommission der bayerische Bundesratsbevollmächtigte mit, daß seine Regierung im Bundesrat die Zulassung der A. d. e. G. in der nämlichen Form, wie sie zur Beratung stehe, ohne Erfolg beantragt habe. Die bayerische Regierung erkenne die Bedenken der Katholiken gegen die Scheidung als berechtigt an und halte es für die Aufgabe der Gesetzgebung, ihnen Rechnung zu tragen. Daß zwischen diesen verschiedenen Versuchen auf Einführung einer den katholischen Anschauungen angepaßten Form der Ehescheidung ein innerer Zusammenhang besteht, kann nicht bezweifelt werden.[2]) Die Aufschlüsse der Gesetzesmaterialien, insbesondere des Berichtes der Reichstagskommission berechtigen Matthiaß zu dem Ausspruch, selten spreche die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes so klar wie hier.[3]) Unter diesen Umständen kann man nicht mit Seckel S. 360 und Behr S. 17 behaupten, die Entstehungsgeschichte der Gesetz gewordenen Gedanken sei völlig dunkel, aus den parlamentarischen Verhandlungen der Reichstagskommission und des Plenum ergebe sich nichts über die Motive für die Annahme der betreffenden Anträge.

II. Positive Beweise für die angebliche Auflösung der Ehe durch die A. d. e. G. hat nur Behr aufzustellen versucht. Er bringt sie im ersten Teil seines Aufsatzes unter

---

[1]) s. Protokolle S. 5645, 5652, bei Mugdan IV S. 888 ff. — R. G. Bd. 55. S. 360 sagt: „Der Gesetzgeber hat es abgelehnt, den Gewissensbedenken der deutschen Katholiken Rechnung zu tragen; er hat es insbesondere abgelehnt, daß die Scheidung für die der katholischen Kirche angehörigen Ehegatten nur die Auflösung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft unter Ausschluß des Rechts zur Wiederverheiratung bei Lebzeiten des anderen Gatten bewirken solle." Der erste Teil dieses Satzes geht in seiner Allgemeinheit jedenfalls zu weit. Der Gesetzgeber hat es allerdings abgelehnt, die deutschen Katholiken seinerseits irgendwie zur Erfüllung der Anforderungen ihrer Religion zu zwingen. Er hat es aber nicht abgelehnt, denjenigen, die sich den Anforderungen der katholischen Religion hinsichtlich der Ehescheidung freiwillig unterwerfen, seinerseits auch auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts ein entsprechendes Rechtsinstitut zur Verfügung zu stellen.

[2]) Matthiaß, Staudinger-Engelmann § 1586 N. 2. Schmidt zu § 1586 N. 2 b. α.

[3]) Matthiaß S. 6.

Nr. 1–8. Sie sind von der Art, daß sich eine eingehende Widerlegung erübrigt. In Nr. 1 und 4 stützt sich Behr auf den „klaren" Wortlaut des § 1586; davon im folgenden Abschnitt. Die Bezeichnung „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" wird für unbeachtlich erklärt. Nr. 2 beweist die Auflösung der Ehe durch die A. d. e. G. aus dem Umstand, daß die Aufhebung im B. G. B. mit der Scheidung im selben Titel zusammengestellt ist. Nr. 3 behandelt die Vorgeschichte der A. d. e. G. Ihre Entstehungsgeschichte hält Behr, wie schon bemerkt, mit Seckel für völlig dunkel. Dagegen soll die Vorgeschichte ein helles Licht auf den juristischen Charakter der Aufhebung werfen. Aus den Motiven und Gesetzgebungsverhandlungen ergebe sich, daß den kirchlichen Bestimmungen über die Unauflöslichkeit der Ehe kein Einfluß auf den rechtlichen Charakter der Ehe eingeräumt werden sollte. Die A. d. e. G. sei daher nicht als eine Art der beständigen Trennung, sondern als eine Scheidung mit Eheverbot aufzufassen. Daß die maßgebenden Faktoren sich bis zuletzt gegen eine Berücksichtigung des katholischen Standpunktes bei der Ehescheidungsfrage ablehnend verhielten, ist nicht zu bestreiten. Daraus kann man aber keinen Schluß ziehen auf den rechtlichen Charakter der A. d. e. G. Im Gegenteil beweist ihre Annahme, daß die Gesetzgebung ihren ursprünglichen Standpunkt verlassen hat. Nr. 6 sucht die aus § 55 P. St. G. gegen die Behauptung, die A, d. e. G. sei Auflösung der Ehe, vorgebrachte Einwendung zu widerlegen, s. o. I., 2. Nr. 5 und 7 schließen beide aus dem Umstand, daß die Aufhebung materiell und formell ebenso erschwert sei wie die Scheidung, darauf, daß sie auch wie diese die Ehe auflösen müsse. Insbesondere § 639 C. P. O. ist in dieser Hinsicht für B.s Ansicht von „eminenter" Bedeutung (S. 23). „Wenn aber einerseits diese Erschwerung der Scheidung wegen ihrer eheauflösenden Wirkung geschaffen wurde, andererseits dieselbe Erschwerung für die A. d. e. G. eingeführt ist, so zwingt (?) dies zu dem Schlusse, daß auch die A. d. e. G. diese ehelösende Wirkung haben muß, ein anderer Grund hierfür dürfte m. E. nicht zu finden sein". So S. 23 unter Nr. 7, fast wörtlich ebenso S. 21 unter Nr. 5. In Nr. 8 geht B. davon aus, daß das Gesetz die Pflicht der Lebensgemeinschaft als die erste Pflicht der Gatten betrachte, § 1353, und deren dauernde Nichterfüllung dem Wesen der Ehe so widersprechend finde, daß es dieselbe zu einem Scheidungsgrund mache, § 1567. Es wäre daher eine arge Inkonsequenz des Gesetzes, wenn es an einer anderen Stelle,

nämlich in § 1586, die Pflicht der Lebensgemeinschaft beseitigen und doch die Ehe selbst in ihrem Wesen fortdauern lassen wolle. B. vergißt dabei, daß sich das Gesetz schon in § 1353, Abs. 2 dieser Inkonsequenz schuldig gemacht hat und daß er selbst S. 43 zweimal hervorhebt, der Gesetzgeber sei nie an ein s. g. Prinzip gebunden, sondern könne aus besonderen Erwägungen Sondervorschriften aufstellen. Selbst in den Einwendungen gegen seine These findet B., weit entfernt, sie gelten zu lassen, nur neue Beweise für dieselbe. So S. 28: „Denn wenn schon § 1309 verbietet, eine neue Ehe einzugehen, bevor die frühere Ehe aufgelöst ist, so folgt gerade aus der besonderen Aufstellung eines Eheverbotes in § 1586 die rechtliche Auflösung der Ehe, hinsichtlich welcher die e. G. aufgehoben ist!“ In dem Schlußsatz von § 1586, der die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auch nach A. d. e. G. für unverändert anwendbar erklärt, findet er gleich zwei Beweise. Dieser Satz „spricht deutlich“ für seine Ansicht, so weit er die Vorschriften über die Nichtigkeit für anwendbar erklärt. „Denn er setzt die Regeln der A. d. e. G. in Einklang mit der Bestimmung des § 1329, welcher die Geltendmachung der Nichtigkeit auch nach Auflösung der Ehe zuläßt!“ S. 34. Ueber die zweite Hälfte aber heißt es; Vielmehr folgt gerade aus der ausdrücklichen Vorschrift, die Anfechtung sei zulässig, daß der Gesetzgeber die Bestimmung des § 1338 nicht für anwendbar hielt, wenn er sie nicht expresse anführte. Und daraus ergibt sich wieder mit zwingender Notwendigkeit (?), daß nach dem Sinn des Gesetzes selbst die Ehe nach A. d. e. G. rechtlich aufgelöst sein muß.“ S. 35.

III. Die Lehre, die A. d. e. G. sei eine Auflösung der Ehe, ist aber auch aus inneren Gründen unhaltbar in jeder Form.

1. Die von der Mehrzahl ihrer Anhänger vertretene Ansicht von der teilweisen Auflösung wird von Seckel S. 352 so formuliert: „Die Aufhebung der e. G. bewirkt Auflösung der Ehe; die Ehe ist auch dem Bande nach fast völlig geschieden: nicht das Band der Ehe besteht weiter, sondern nur ein Band. Das eine rein negative Restband hindert die Eingehung einer neuen Ehe, gibt und verlangt die Möglichkeit, die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der „Ehe“ d. h. des Restbandes geltend zu machen und liefert die Grundlage für die erleichterte Wiedervereinigung der Gatten durch den Naturalvertrag der Wiederherstellung der e. G.“ Diese Konstruktion scheitert an der Unteilbarkeit des Rechtsverhält-

nisses der Ehe.[1]) Die Ehe enthält zwar eine Fülle von einzelnen Rechtsbeziehungen, sie ist aber nicht einfach mit der Summe dieser Einzelbeziehungen identisch. Die Ehe als solche ist vielmehr ein Rechtsverhältnis, in dem alle einzelnen in sich unselbständigen Rechtsbeziehungen ihren gemeinsamen Grund haben, aus dem sie wie aus ihrer Wurzel hervorgehen und durch das sie zur organischen Einheit verbunden sind.

Die Auflösung trifft immer das Rechtsverhältnis als solches, nicht die in ihm enthaltenen Einzelbeziehungen, wie ja auch umgekehrt bei der Eheschließnng die Ehe als Ganzes begründet wird und nicht nur eine Summe von Einzelbeziehungen. Eine teilweise Auflösung dieser organischen Einheit, die wir in der Ehe vor uns haben, erscheint aber ebenso unmöglich, wie etwa die teilweise Tötung eines Menschen.

Man könnte sich indes die teilweise Auflösung der Ehe auch so denken, daß bestimmte in der Ehe enthaltene Einzelbeziehungen unter Aufrechterhaltung der übrigen beendigt, für die Zukunft vernichtet würden, wobei man freilich das Wort Auflösung im Gegensatz zum sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes auch auf die unmittelbare Beendigung der Einzelbeziehungen anwenden müßte. Die Möglichkeit dieser Operation ist ohne weiteres zugegeben, soweit sie lediglich die naturalia und accidentalia der Ehe betrifft, und ist hier vom Gesetz in einer Reihe von Fällen auch ausdrücklich zugelassen, wie beim Güterstand, Erbrecht, Schlüsselgewalt der Frau u. a. Zu bestreiten ist sie dagegen, sobald es sich um die essentialia der Ehe, also vor allem um das Recht auf eheliche Gemeinschaft handelt. Denn die Vernichtung einer solchen der Ehe wesentlichen Rechtsbeziehung würde den Untergang des ehelichen Rechtsverhältnisse selbst zur Folge haben und dieser wieder das Erlöschen der übrigen Rechtsbeziehungen der Ehe nach sich ziehen, deren Beseitigung nicht beabsichtigt war. Jedoch kann auch hier die Möglichkeit zugestanden werden, daß bei einer derartigen Auflösung der Ehe die eine oder andere ihrer Einzelbeziehungen von ihrem bisherigen Rechtsgrunde losgelöst und verselbständigt aufrecht erhalten werden kann. Dieselbe kann dann aber nicht mehr als eine Ehe bezeichnet werden, was von der Gegenseite auch folgerichtig angenommen wird.

Freilich bleibt dabei noch sehr zu bedenken, ob gerade

[1]) Matthiaß a. a. O.

das rein negative Restband, dessen Funktion nur darin besteht, die Eingehung einer neuen Ehe zu hindern und die Grundlage für die erleichterte Wiedervereinigung der Gatten abzugeben, einer solchen Verselbständigung fähig ist. Die zwischen zwei Personen bestehende Ehe wird nämlich nur dadurch zum Hindernis für jede weitere Ehe derselben Personen, zum impedimentum ligaminis oder des bestehenden Ehebandes, daß sie diese Personen gänzlich für die Ehe in Anspruch nimmt und sie zur ungeteilten Lebensgemeinschaft mit einander verbindet. Wo daher die Pflicht der ungeteilten Lebensgemeinschaft und alle anderen positiven Rechtsbeziehungen der Ehe gänzlich beseitigt sind, können sie auch eine anderweite Eheschließung der früheren Gatten nicht mehr hindern.

Endlich könnte auch die Ehe nach der Wiederherstellung bei dieser Konstruktion nicht als Fortsetzung der Ehe vor der Aufhebung angesehen werden. Die bei der Aufhebung zurückbleibende verselbständigte Einzelbeziehung ist nicht imstande, die übrigen Einzelbeziehungen der Ehe aus sich selbst wieder hervorzubringen. Dieselben müßten vielmehr bei der Wiederherstellung von außen her zu dem vorhandenen Rest neu hinzubegründet und mit ihm zur normalen Ehe vereinigt werden. Die Ehe nach der Wiederherstellung wäre also in der Tat eine neue Ehe, wenn auch eine der in ihr enthaltenen Einzelbeziehungen aus der früheren Ehe herstammt und die übrigen Einzelbeziehungen genau der Gestaltung in der früheren Ehe angepaßt sind.

2) Innerlich folgerichtiger ist also die Ansicht, die von der Voraussetzung der Auflösung ausgehend, dem Ausschluß der Wiederverheiratung auffaßt, als ein isoliertes Eheverbot. (Behr und Opet). Aber gerade weil sie ihren Grundsatz der Auflösung folgerichtiger durchführt, zeigt sie, daß dieser Grundsatz ein falscher ist. Vor allem muß man sich doch fragen, was dieses Eheverbot für einen Zweck haben könnte. Behr S. 15 f. unter Nr. 3 stellt aus den Gesetzesmaterialien fest, daß damit den religiösen Bedenken der Katholiken gegen die Scheidung ein Ausweg eröffnet werden sollte. Diese Bedenken richteten sich nicht so sehr gegen die Auflösung der Ehe, sondern gegen die damit eintretende Möglichkeit der Wiederverheiratung. Die kanonische Lehre von der Unauflösbarkeit verhülle dies nur durch eine Fiktion. Diesen Bedenken gegen die Wiederverheiratung komme das Gesetz dadurch entgegen, daß es in § 1586 trotz Auflösung der alten Ehe die Eingehung einer neuen Ehe verbiete. Behr muß selbst gestehen, daß man dieses Bedenken ruhig dem

Gewissen der Beteiligten hätte überlassen können. Dieses Eheverbot würde aber auch so, wie es jezt im Gesetz steht, seinen Zweck nicht im mindesten erreichen. Denn es legt ja den Beteiligten keinerlei Zwang auf. Jeder von ihnen kann durch den Scheidungsantrag verhindern, daß es für ihn überhaupt Geltung gewinnt, und sollte dies bereits geschehen sein, so kann er sich durch nachträgliches Scheidungsbegehren der Wirkung des Verbots jederzeit wieder entziehen. Wollte aber das Gesetz dem ihm von Behr unterstellten Zweck irgendwie näherkommen, so mußte es dies mit einem wirklichen, die Freiheit der Beteiligten ausschließenden Verbote tun. Weil es aber den Ausschluß der Wiederverheiratung ganz von dem freien Willen der Beteiligten abhängig macht, so kann diese Ausschließung eben nicht als ein isoliertes Verbot angesehen werden, sondern muß eine Folge des durch den freien Willen der Gatten herbeigeführten und nur mit ihrem Willen bestehenden Zustandes der A. d. e. G. sein.[1])

Opet bemerkt zu § 1586 Nr. 3: „Das Eheverbot läßt keinen Schluß auf den Fortbestand der Ehe quoad vinculum zu. Eheverbote können von der Gesetzgebung auch aus anderen Gründen aufgestellt sein, etwa in Anerkennung des votum castitatis, in Berücksichtigung des Krankheitszustandes einer Person. Hier entspricht das Eheverbot der scheidungsfeindlichen Tendenz des Gesetzes: es erleichtert die Wiederherstellung der e. G.“ Hier haben wir den Endpunkt der ganzen Entwickelung. Zweck und Mittel sind jetzt vollständig vertauscht. Während bei der separatio perpetua Ausschluß der Wiederverheiratung und Möglichkeit der Wiederherstellung einfache Folgerungen aus der Fortdauer der Ehe sind, wird hier die Möglichkeit der leichteren Wiederherstellung zum Zweck der ganzen Einrichtung gemacht. Dieser Auffassung gegenüber ist aber zunächst zu bedenken, daß es so gut wie ausgeschlossen ist, daß Eheleute bereits bei Auflösung ihrer Ehe mit einer späteren Wiederverheiratung rechnen und aus diesem Grund nicht Scheidung sondern A. d. e. G. verlangen. Aber auch nach einmal eingetretener A. d. e. G. wird die Wiedervereinigung ein verhältnismäßig viel zu seltener Fall sein, um eine solche „Erleichterung“ der Wiederverheiratung, wie sie § 1587 angeblich einführt, rechtfertigen zu können, ganz abgesehen davon, daß Opet den § 1587 von seinem Standpunkt aus ganz anders verste-

[1]) Gegen die Auffassung des § 1586 als ein isoliertes Eheverbot auch Dernburg § 31. S. a. unten § 8 A. 1.

hen müßte, s. o. I, 5. Einer Erleichterung der Wiederverheiratung bedürfte es zudem nur dann, wenn die Eheschließung im B. G. B. besonders erschwert wäre. Als eine Erschwerung kann aber die leicht erfüllbare Form des § 1317 bei einem Rechtsgeschäft von der Bedeutung der Eheschließung nicht angesehen werden. Uebrigens ist es ein Widerspruch von Opet, wenn er die A. d. e. G. für eine Ehescheidung erklärt, nachdem er in der Vorbemerkung zu Titel VII unter Nr. 3 gesagt hat: „Begrifflich kann es nur eine Scheidung geben.“ Er fährt dann fort: „Aus Zweckmäßigkeitsgründen hat jedoch das B. G. B. neben der gewöhnlichen Scheidung eine zweite, in ihren Wirkungen etwas abweichend gestaltete Scheidungsart, die A. d. e. G. (Separation) zugelassen.“ Wenn es aber begrifflich nur eine Scheidung geben kann, so kann auch die Reichsgesetzgebung keine zweite einführen. Von seinem Obersatz aus konnte Opet vielmehr nur schließen: Also kann die A. d. e. G. keine Scheidung sein.

§ 7. Die Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Allgemeinen.

Im vorhergehenden Abschnitt ist gezeigt worden, daß die Ehe auch nach A. d. e. G. im Sinne des Gesetzes als eine wirkliche Ehe anzusehen ist. Ueber die Wirkungen der A. d. e. G. bestimmt aber § 1586 als Grundsatz: Wird nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein. In dem Kommissionsantrag lautete der § 1586 (als § 1566a.): Wird nach § 1557a. die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so treten die gleichen Wirkungen ein, wie wenn die Ehe geschieden worden wäre.“ Das ist dem Sinn nach mit dem jetzigen § 1586 identisch, und die Aenderung der Fassung ist offenbar nur redaktionell.

Diejenigen Schriftsteller, die durch A. d. e. G. die Ehe aufgelöst werden lassen, behaupten, der § 1586 spreche ihre Ansicht mit so klaren, nicht wegzudeutenden Worten aus, daß alle dagegen vorgebrachten Gründe als Scheingründe zurücktreten müßten. Denn die erste und wichtigste Wirkung der Scheidung sei die Auflösung der Ehe, und da die A. d. e. G. die Wirkungen der Scheidung habe, müsse sie vor allem auch die Wirkung der Auflösung haben. Sollte aber die Wirkung der Auflösung der Ehe bei der A. d. e. G. nicht eintreten, so hätte dies im Gesetz ausdrücklich her-

vorgehoben werden müssen. Demgegenüber ist zu behaupten: § 1586 sagt keineswegs, daß die A. d. e. G. die Ehe auflöse.

Wenn die gegnerische Deduktion richtig wäre, so müßte man sich doch sehr darüber wundern, daß sie so wenig überzeugende Kraft hat. Denn trotz ihrer hält bis heute mindestens die Hälfte aller Schriftsteller daran fest, daß die A. d. e. G. die Ehe nicht auflöse. In der Tat beruht der von den Gegnern aus § 1586 geführte Beweis nur auf einer Verkennung des hier allerdings nicht so durchsichtigen Sprachgebrauchs des B. G. B. Die Scheidung bewirkt nämlich nicht die Auflösung der Ehe, sondern ist Auflösung der Ehe, nämlich diejenige Auflösung, die durch gerichtliches Urteil erfolgt.

Scheidung bezeichnet einen rechtlichen Vorgang, eine Rechtsfolge, nämlich die Beendigung oder Aufhebung des durch die Eheschließung begründeten Rechtsverhältnisses. Dasselbe bezeichnet aber auch das Wort Auflösung. Der Unterschied ist nur der, daß einmal der Ausdruck Scheidung enger ist, als der Ausdruck Auflösung, indem nur die gerichtliche Auflösung als Scheidung bezeichnet wird. Dann aber kann der Ausdruck Scheidung auch auf die Ehegatten selbst bezogen werden, was bei dem Ausdruck Auflösung nicht der Fall ist.

Keinesfalls kann unter Scheidung der oder ein Tatbestand der Auflösung der Ehe verstanden werden. Dies zeigt sich recht deutlich bei einer Vergleichung mit dem Ausdruck Kündigung. Die Kündigung ist ihrer rechtlichen Natur nach mit der Scheidung sehr nahe verwandt. Die Gesellschaft wird gekündigt, die Ehe geschieden. Beidemal handelt es sich um das Abbrechen eines bestehenden Rechtsverhältnisses für die Zukunft. Die Bedeutung der beiden Ausdrücke Scheidung und Kündigung ist aber eine ganz verschiedene Kündigung (von Kunde), bezeichnet lediglich die auf Auflösung der Gesellschaft gerichtete Willenserklärung, also einen rein tatsächlichen Vorgang, den Tatbestand, an den das Gesetz die Auflösung der Gesellschaft als Rechtswirkung knüpft. Scheidung bezeichnet dagegen die Rechtsänderung selbst, die in der Auflösung oder Trennung der das Wesen der Ehe ausmachenden Verbundenheit besteht. Den Tatbestand dieser Rechtsänderung aber bildet die auf Antrag einer Partei in Form eines Urteils ergehende Erklärung des Gerichts (oder die in der Scheidungsklage enthaltene Erklärung des Klägers in Verbindung mit einer entsprechenden Erklärung des Gerichts), daß die Ehe geschieden werden solle. Daher ist jede Ehe, die geschieden ist, notwendig

auch aufgelöst, während eine Gesellschaft gekündigt sein kann, ohne daß sie deshalb schon aufgelöst sein muß. Die geschiedene Ehe und die aufgelöste Ehe sind für das B. G. B. völlig synonyme Begriffe, die sich nur durch den engeren oder weiteren Umfang unterscheiden. Das gleiche muß deshalb auch von den Begriffen Scheidung und Auflösung gelten.[1]) Unrichtig ist demnach die ziemlich verbreitete Ausdrucksweise: Auflösung der Ehe durch Scheidung. Diese fehlerhafte Ausdrucksweise ist auch im Gesetzbuch glücklich vermieden. Richtig ist vielmehr nur: Auflösung der Ehe durch Urteil, § 1309 Abs. 2. Richtig lautete auch z. B. § 1440 des ersten Entwurfs: „Die Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Gatten kann . . . nur durch richterliches Urteil erfolgen (Scheidung)." Ebenso Jakobi, das persönliche Eherecht des B. G. B. 2. Aufl. S. 80: „Scheidung ist der technische Ausdruck für diejenige Auflösung der an sich giltigen Ehe für die Zukunft, welche durch richterliches Urteil erfolgt." Ist demnach die Scheidung nur eine Art der Auflösung der Ehe, so ist die Auflösung keine Wirkung der Scheidung, und befindet sich daher auch nicht unter den „mit der Scheidung verbundenen Wirkungen" in § 1586. Man kann also aus dem Wortlaut des § 1586 nicht entnehmen, daß die A. d. e. G. die Ehe auflöse.[2]) Am allerwenigsten sollten sich die Gegner auf § 1564 S. 3 berufen. Daß dieser Satz nichts weiter enthält, als eine Zeitbestimmung für das Inkrafttreten der Scheidung, ist nicht weiter zu beweisen. Wenn in ihm statt des speziellen Ausdrucks „Scheidung" der weitere „Auflösung" gesetzt ist, so ist dies lediglich Zufall. Es könnte ebenso gut heißen: „Die Scheidung tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein." § 1564 Satz 3 ist völlig parallel mit den §§ 1418 Abs. 2, 1425 Abs. 2, 1468—1470, 1496. So wenig man aus allen diesen Stellen schließen kann, die Aufhebung oder Wiederherstellung sei eine Wirkung der Aufhebung oder Wiederherstellung, so wenig ist aus § 1564 S. 3 zu schließen, die Auflösung sei eine Wirkung der Scheidung. Soll § 1564 auf die Aufhebung d. e. G. entsprechend übertragen werden, so muß er lauten: „Die eheliche Gemeinschaft kann aus den in §§ 1565 bis 1569 bestimmten Gründen aufgehoben werden. Die Aufhebung erfolgt durch Urteil. Die Auf-

---

[1]) Ueber das Verhältnis der Abstrakta auf -ung zum Verbum vgl. Heyse, deutsche Grammatik 5. Ausg. I. S. 436.

[2]) Vgl. Th. Olshausen im Archiv f. L. R. Bd. 23 S. 150; Wetzel in derselben Zettschrift Bd. 26 S. 56. Anm. 1.

hebung der ehelichen Gemeinschaft tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein."

§ 1586 bedeutet demnach nicht: „Wird die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so wird die Ehe aufgelöst." Der Sinn ist vielmehr: Wird die e. G. aufgehoben, so treten die gleichen Wirkungen ein, wie wenn die Ehe geschieden, d. h. gerichtlich aufgelöst worden wäre. Wie man früher die Wirkungen der dauernden Trennung durch Verweisung auf die Scheidung bestimmte, so sollen jetzt die Wirkungen der A. d. e. G. ebenfalls an ihrem Analogon, der Ehescheidung gemessen werden. Es ist kaum zu bezweifeln, daß § 1586 nach Form und Inhalt eine Wiederholung des gemeinrechtlichen Grundsatzes über die Wirkungen der beständigen Separation enthält. Welche Wirkungen sich aber an die Scheidung knüpfen, ergibt sich in der Hauptsache aus ihrem Begriff als einer Auflösung, d. h. Beendigung der Ehe. Sie bestehen vor allem in der Beendigung der einzelnen Rechtswirkungen der Ehe. Eine Einschränkung macht dabei § 1577: Die geschiedene Frau soll den durch die Ehe erworbenen Namen des Mannes trotz Beendigung der Ehe unter bestimmten Voraussetzungen behalten. Ferner bildet die wegen Verschulden nur des einen Gatten erfolgte Auflösung der Ehe für den anderen Teil einen Grund, die dem schuldigen Teil gemachten Braut- und Eheschenkungen zu widerrufen, § 1584; sie berechtigt den schuldlosen Teil auch, falls in der Ehe Gütergemeinschaft herrschte, bei der Auseinandersetzung das von ihm Eingebrachte zurück zu verlangen, § 1478. Die §§ 1585, 1635, 1636 regeln das Verhältnis der geschiedenen Gatten zu den gemeinsamen Kindern. Endlich entsteht dem schuldlosen Gatten als Ersatz für den ihm infolge der Scheidung verloren gegangenen ehelichen Unterhaltungsanspruch ein neuer Unterhaltungsanspruch gegenüber dem schuldigen Teil gemäß §§ 1578—1583. Das Verhältnis dieses Unterhaltungsanspruchs und der ihm entsprechenden Unterhaltungspflicht zu anderen Unterhaltungsberechtigungen ist geregelt in den §§ 1608 Abs. 2 und 1609 Abs. 2. Die in diesen Einzelbestimmungen enthaltenen Anordnungen (die sog. spezifischen Scheidungswirkungen) nebst der Auflösung der Ehe kann man nicht als unmittelbare Wirkungen der Scheidung den übrigen Scheidungswirkungen als mittelbaren (nämlich durch die Auflösung der Ehe vermittelten) Wirkungen der Scheidung gegenüberstellen, wie es von Seckel S. 361 geschieht; vgl. auch Behr S. 11. Diese Wirkungen werden nicht jede einzeln für sich neben der Auflösung der Ehe durch die Rechtskraft des Scheidungsurteils hervorgebracht, son-

dern treten nur ein infolge der Auflösung der Ehe, sind also ebenfalls nur Auflösungswirkungen. Die §§ 1585, 1635, 1636 bestimmen, welchen Einfluß die erfolgte Auflösung der Ehe auf das Verhältnis der Geschiedenen zu ihren Kindern hat. Die Entstehung des in §§ 1578—1583 geregelten Unterhaltsanspruchs setzt die Beseitigung des auf §§ 1360, 1361 beruhenden Unterhaltsanspruchs durch die Auflösung der Ehe voraus. Nach § 1478 hat die infolge der Eheauflösung eintretende Auseinandersetzung des Gesamtgutes auf Verlangen des Berechtigten anders als gewöhnlich zu erfolgen. Will man hier überhaupt zwischen mittelbaren und unmittelbaren Wirkungen unterscheiden, so müssen gerade die „spezifischen Scheidungswirkungen" als die mittelbaren angesehen werden, da sie die Beendigung der Ehewirkungen voraussetzen und nur den Einfluß dieser Beendigung auf andere Rechtsverhältnisse darstellen.

Die Wirkungen der Ehescheidung, d. h. der gerichtlichen Auflösung der Ehe bestehen also der Hauptsache nach in der Beendigung der Rechtswirkungen der Ehe. Demnach muß auch die A. d. e. G. die Rechtswirkungen der Ehe beendigen und zwar trotzdem die Ehe an sich weiterbesteht. Die A. d. e. G. hindert die an sich fortdauernde Ehe, ihre regelmäßigen Rechtswirkungen hervorzubringen. Bei der Uebertragung der Auflösungswirkungen auf die Aufhebung darf man aber nicht zu schematisch verfahren. Die A. d. e. G. hebt, wie schon ihr Name sagt, vor allem die Pflicht zur Lebensgemeinschaft auf und ermöglicht so gleich der Scheidung den Gatten die Aufgabe des ehelichen Gemeinschaftslebens. Dies kann aber hier so wenig wie bei der kanonischen Separation den Sinn haben, daß die Rechte und Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft jetzt überhaupt nicht mehr beständen. Denn da die Ehe ihrem Begriff nach eine Verbindung von Mann und Weib ist, die beide zu ungeteilter Lebensgemeinschaft verpflichtet, so müssen diese Rechte und Pflichten an sich auch während der Aufhebung vorhanden sein. Nur insofern sind die Gatten jetzt von diesen Pflichten befreit, als ihre Erfüllung nicht mehr verlangt werden kann. Solange die Aufhebung dauert, hat keiner von ihnen einen Anspruch auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft.[1]) Manche Schriftsteller, die die A. d. e. G. nicht für eine Auflösung der Ehe angesehen wissen wollen, lehren trotzdem, die A. d. e. G. beendige auch die Pflichten der e. G. gänzlich wie die Scheidung.[2]) Daß sich diese Auffassung von der

[1]) Ebenso Matthiaß: Dernburg § 31, Th. Olshausen.
[2]) So z. B. Cosack § 290, I., 2 a, b; Töpffer S. 28 ff.

Seckelschen nur in der Formulierung unterscheidet, liegt auf der Hand.[1]) Sie ist daher auch aus denselben Gründen wie diese abzulehnen. Wenn sich dagegen bei unserer Auffassung eine Unebenheit des Ausdrucks in § 1586 findet, die wir in unseren heutigen Gesetzen nicht mehr gewöhnt sind, so ist zu bedenken, daß dieser in letzter Stunde in das Gesetzbuch aufgenommene § nicht mehr mit der Sorgfalt bearbeitet worden ist, wie die übrigen Teile des Gesetzes. Er wiederholt eine alte Bestimmung in der alten Form. Da aber der wahre Sinn des Gesetzes immerhin noch deutlich genug hervortritt, so ist es richtiger, den § 1586 in diesem Sinne auszulegen, als durch Buchstabenerklärung den Sinn des Gesetzes in sein Gegenteil zu verkehren. Daß übrigens die bekämpfte Auffassung nicht neu ist, sondern schon im gemeinen Recht für die separatio perpetua vertreten wurde, ist schon oben bemerkt worden. Vollkommener ist dagegen die Uebereinstimmung mit der Auflösung hinsichtlich der sekundären Rechtsfolgen der Ehe, auf die auch § 1586 vor allem zu beziehen ist, während der Einfluß der A. d. e. G. auf die Pflichten der e. G. vor allem aus dem Begriff der Aufhebung zu entnehmen ist. Diese übrigen Rechtsfolgen der Ehe sind während der A. d. e. G. vollständig aufgehoben, die Ehe vermag sie im Zustand der Aufhebung nicht aus sich zu erzeugen. Während der A. d. e. G. besteht also kein ehelicher Güterstand, kein gesetzlicher Wohnsitz der Frau[2]), kein Ehegattenerbrecht usw. Der innere Grund dafür ist der, dsß diese Wirkungen der Ehe mit der dauernden Beseitigung der ehelichen Lebensgemeinschaft ihren Grund und ihre Daseinsberechtigung verloren haben, nicht aber, wie Matthiaß S. 3 Sp. 2 al. 4 meint, der Umstand, daß die Ehe jetzt ohne weiteres jederzeit geschieden werden könne, weshalb sich der Zustand der Aufhebung nur als ein Provisorium darstelle. Zutreffend wird dieser Zustand der Ehe von Matthiaß als ein solcher der Hemmung, der Suspension, des Ruhens bezeichnet.[3]) Mit der Aufhebung der Ehewirkungen durch die A. d. e. G., die sich unter denselben Verhältnissen wie bei der Scheidung vollzieht, ist auch die Voraussetzung für den Eintritt der „spezifischen Scheidungswirkungen“ gegeben.

Aus den im Vorstehenden in ihren Grundzügen gezeichneten Wirkungen der A. d. e. G. ergibt sich, daß dieselbe mit der separatio perpetua in ihrer gemeinrechtlichen Gestalt

[1]) Cosack § 290 Anm. 5.
[2]) Vgl. Reichsgericht Bd. 59 S. 340.
[3]) Ebenso auch Th. Olshausen, Dernburg a. a. O.

im ganzen übereinstimmt. Eine Verschiedenheit von derselben liegt zunächst darin, daß die A. d. e. G. den Anspruch beider Gatten, des schuldlosen wie des schuldigen, auf die eheliche Gemeinschaft aufhebt, während die separatio perpetua nur den Anspruch des schuldigen Teiles beseitigt. Bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann daher der schuldlose Teil nicht einseitig die Wiederherstellung des ehelichen Lebens verlangen. Dieselbe Gestaltung weist aber auch die österreichische Scheidung (= Trennung von T. und B. in unserem Sinn) und die französische séperation de corps auf, ohne daß darin jemals ein wesentlicher Unterschied dieser Institute von der kanonischen Separation erblickt worden wäre. Viel wichtiger ist der andere Unterschied, demzufolge bei der A. d. e. G. jeder Eheteil zu jeder Zeit die Umwandlung der Aufhebung in Scheidung verlangen kann (unten § 10). Etwas Aehnliches findet sich auch bei der französischen séparation. Indesseu wird die A. d. e. G. auch hierdurch noch nicht zu einer ganz „neuen Bildung“,[1]) sondern bleibt eine Abart der im kanonischen Recht entwickelten seperatio a mensa et toro, wenn sie sich auch unter allen Nachbildungen dieses Institutes von dem ursprünglichen Typus am meisten entfernt.

Die Wirkung der A. d. e. G. erstreckt sich grundsätzlich auf alle Wirkungen der Ehe. Dieser Satz darf nicht auf das Gebiet des Privatrechts oder gar nur des B. G. B. eingeschränkt werden.[2]) Auch diejenigen Wirkungen der Ehe, die nicht im B. G. B. geregelt sind, insbesondere auch diejenigen, die in das Gebiet des öffentlichen Rechts fallen, werden durch die A. d. e. G. grundsätzlich aufgehoben. Man vergleiche in dieser Hinsicht § 1701 B. G. B.: „Der Vater hat nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte.“ Das muß auch auf solche Rechte bezogen werden, die in das Gebiet des öffentlichen Rechts fallen, z. B. auf die im Strafgesetzbuch geregelten Antragsrechten bei Delikten gegen das Kind. In diesem Sinn ist § 1586 auch offenbar von den Gesetzesredaktoren gemeint, und so erklärt es sich, daß nicht in jedem einzelnen, diese Materie berührenden Gesetz der Einfluß der A. d. e. G. durch besondere Zusätze bestimmt ist.[3]) Dagegen würde die Einschränkung des § 1586 auf das Gebiet des Privatrechts zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Es ist ein Widerspruch, wenn z. B. Th. Olshausen S.

[1]) Schmitt zu § 1586 N. 2 c.

[2]) So Planck zu § 1586 Bem. 2 a. E.; Sartorius, Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit S. 30; Th. Olshausen S. 156.

[3]) Vergl. Sartorius a. a. O.

159 ff. den § 1586 auf dem Gebiet des B. G. B. uneingeschränkt gelten lassen will, aber trotzdem die Gatten nach der Aufhebung zur ehelichen Treue verpflichtet, weil § 1586 für St. G. B. § 172 nicht gelte; denn die eheliche Treupflicht fällt vor allem in das Gebiet des Privatrechts und des B. G. B. (§ 1353).

Ganz unhaltbar ist auch die von Engelmann in Staudingers Kommentar vorgetragene Lehre, die er auch in der zweiten Auflage dieses Werkes trotz aller Einwendungen nur noch mehr auf die Spitze getrieben hat. Von dem richtigen Grundsatz aus, daß die A. d. e. G. keine Auflösung der Ehe sei, schließt E. weiter: Weil die Auflösung der Ehe nicht eintritt, „so können auch unter den in § 1586 erwähnten Wirkungen die vom Gesetz ausdrücklich an die Auflösung der Ehe geknüpften Wirkungen nicht verstanden werden." Dagegen haben grundsätzlich (Ausnahme § 1478) die sog. spezifischen Scheidungswirkungen einzutreten. Warum unter den „mit der Scheidung verbundenen Wirkungen" nicht die Wirkungen der Auflösung verstanden werden können, ist gar nicht einzusehen. Aus demselben Grunde müßte E. auch die sog. spezifischen Scheidungswirkungen ausschließen, denn auch sie sind ja Auflösungswirkungen, s. o., wie die Scheidung nur eine besondere Art der Auflösung der Ehe ist. Zu dieser Folgerung müßte E. um so mehr kommen, als ja die spezifischen Scheidungswirkungen ihrer Natur nach die übrigen Auflösungswirkungen voraussetzen und zum Teil sie zu ersetzen bestimmt sind. Was soll z. B. §§ 1578—1583 neben §§ 1360—1361? E. sagt, §§ 1360—1361 seien durch §§ 1578—1583 „ersetzt". Wozu braucht man aber einen Ersatz, wenn die normalen Ehewirkungen fortdauern? Selbst die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft wird nach E. von der A. d. e. G. nur indirekt berührt, die Herstellung der e. G. kann nur deshalb nicht gefordert werden, weil dies während A. d. e. G. Rechtsmißbrauch wäre und zudem jeder Gatte aus 1576 auf Scheidung klagen kann, vb. 1353 Abs. 2! S. Anm. III, A, c, 3 zu 1586.

§ 8. Die Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Einzelnen.

Die Bedeutung der Streitfrage, ob die A. d. e. G. die Ehe auflöse oder nicht, liegt vor allem darin, ob die Aufhebung noch andere Abweichungen von der Scheidung aufzuweisen hat, als die im Gesetz ausdrücklich bezeichneten

oder nicht. Ist die A. d. e. G. Auflösung der Ehe, so können die im Gesetz aufgezählten Verschiedenheiten nicht im Weg der Auslegung vermehrt werden. Löst sie aber die Ehe nicht auf, so sind weitere Abweichungen von dem in § 1586 aufgestellten Grundsatz in der einen oder anderen Richtung unvermeidlich. Denn es ist von vorneherein wahrscheinlich, daß die für die Auflösung der Ehe geltenden Regeln nicht überall auf eine nicht aufgelöste Ehe passen und daher nur eine entsprechende Uebertragung zulassen.[1])

Die Frage, wie die Grenzlinie zu ziehen sei, ist freilich nicht so ganz einfach. Dieser Umstand gibt der von uns bekämpften Ansicht ihre Hauptstütze, denn für sie besteht die ganze Schwierigkeit nicht. Unsere Grundauffassung wird aber durch die hier auftauchende Schwierigkeit umsoweniger erschüttert, als die mangelhafte Redaktion des Gesetzestextes auch in anderen ganz grundlegenden Fragen zu hoffnungslosen Streitigkeiten Veranlassung gegeben hat. Ist es doch bis heute noch nicht gelungen, den Unterschied von wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen nach § 93 auch nur mit einiger Sicherheit festzustellen. Ebenso gehen die Ansichten über § 675 weit auseinander. Die unzureichende Fassung des § 1586 erklärt sich aus seiner Entstehung: Die gemeinrechtliche Regel ist ziemlich unbesehen übernommen worden. Möglicherweise schwebte den Gesetzesredaktoren die öfters angewandte Unterscheidung von Wirkungen des Ehebandes und Wirkungen der ehelichen Lebensgemeinschaft vor, die jedoch keine ausreichende Richtschnur an die Hand gibt.[2]) Zu weit geht jedoch die Behauptung von Planck (N. 2 zu § 1586), die uns beschäftigende Frage sei ohne willkürliche Unterscheidungen nicht zu lösen. Es wird sich im Folgenden zeigen, daß wir bei jedem Punkt, in dem wir von dem Grundsatz des § 1586 abweichen, auch entsprechende Gründe vorbringen werden.

A. Die Wirkungen der A. d. e. G. weichen von denen der Scheidung in folgenden Punkten ab:

1. Ausdrücklich ist in § 1586 die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen, wenn die Ehe nicht geschieden, sondern nur die A. d. e. G. eingetreten ist. Der Ausschluß der Wiederverheiratung ist die wichtigste und notwendige Folgerung aus dem Wesen der A. d. e. G. Ihre besondere Hervorhebung in § 1586 dient vor allem der Verdeutlichung des vorausgehenden allgemeinen Grundsatzes (Schmidt zu

[1]) Ebenso Dernburg § 31 Anm. 8; Friedberg § 158. Abweichend die meisten, z. B. Matthiaß, Töpffer, Wetzel im Arch. f. b. R. B. 26 S. 54 f. Anm. 1.

[2]) Zachariä-Crome Bd. 3. S. 153.

§ 1586 N. 2 b β al. 2.) Während der A. d. e. G. hat zwar keiner der Gatten einen Anspruch auf und deshalb auch keine Verpflichtung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft; die Gatten bleiben aber, solange die Ehe nicht aufgelöst ist, insofern wirksam gebunden, als jedem von ihnen die Eingehung einer neuen Ehe rechtlich unmöglich ist. Eine entgegen dieser Bestimmung eingegangene Ehe ist nach §§ 1309, 1326 als Doppelehe nichtig, die Kontrahenten machen sich nach § 171 St. G. B., der mitwirkende Personenstandsbeamte oder Religionsdiener nach § 338 St. G. B. strafbar. Die gleichen Folgerungen werden auch von den Vertretern der Gegenansicht aus § 1586 gezogen (Behr ausgenommen). Sie ersetzen dabei in den §§ 1309, 1326 B. G. B. und 171, 338 St. G. B. die erste Ehe durch das „Restband" dieser Ehe. Wenn diese Konstruktion die Nichtigkeit der zweiten Ehe allenfalls noch zu erklären vermag, so muß doch die Anwendung der entsprechenden schweren Strafbestimmungen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der ihr zu Grunde liegenden Auffassung erregen. Zu ganz unhaltbaren Ergebnissen führt hier aber die Auffassung, die den einschlägigen Satz des § 1586 nur für ein isoliertes Verbot der Wiederverheiratung ansieht. Opet entzieht sich denselben nur dadurch, daß er das angebliche Eheverbot ohne jede Begründung für ein impedimentum dirimens publicum erklärt. Dagegen führt Behr S. 27 ff. in diesem Punkte seine Ansicht durch, und die Folgerichtigkeit seiner Ergebnisse ist unbestreitbar. Wird nämlich entgegen diesem Verbot eine Ehe seitens eines der getrennten Gatten mit einer dritten Person abgeschlossen, so ist diese Ehe weder nichtig noch anfechtbar, da die Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsgründe in §§ 1324—1328 und 1331—1335 und 1350 erschöpfend aufgezählt sind (verbo „nur" in §§ 1323 und 1330), unter ihnen aber das „Eheverbot" des § 1586 nicht genannt ist. Da keine Doppelehe vorliegt, kann auch keine Bestrafung nach §§ 171, 338 St. G. B. erfolgen. Diese Folgerung läßt schon für sich allein die Unrichtigkeit ihrer Prämisse erkennen. Der Ausschluß der Wiederverheiratung in § 1586 ist eben nicht ein isoliertes Eheverbot, sondern nur eine Anwendung der §§ 1311, 1326. Mit Hilfe eines von ihm neu erfundenen Begriffes der Ungiltigkeit der Ehe weiß Behr den Fall noch interessanter zu machen. Eine im Widerspruch mit § 1586 geschlossene Ehe ist nach ihm weder nichtig noch anfechtbar, aber doch ungiltig, weil sie gegen das Verbot des § 1586 verstößt, nur kann ihre Ungiltigkeit nicht geltend gemacht werden. Sie ist daher kein

trennendes Ehehindernis im Sinne der §§ 1311, 1326. Daher kann sie auch die wirksame Wiederherstellung der alten Ehe, nach Behr die formlose Wiederverehelichung der früheren Gatten nicht hindern. Derjenige Gatte, der sich also in der Zwischenzeit trotz § 1586 wieder verheiratet hat, lebt jetzt in einer Doppelehe, und diese Doppelehe ist durch nichts mehr zu beseitigen, erfreut sich vielmehr des gesetzlichen Schutzes! So Behr S. 47. Es bleibt nur noch darauf hinzuweisen, daß sich nach A. d. e. G. gemäß dieser Theorie jeder der getrennten Gatten nicht nur einmal, sondern beliebig oft verheiraten kann. Die verschiedenen Ehen wären dann zwar alle „ungiltig", aber in keiner Weise angreifbar. Und dabei ist die A. d. e. G. doch gerade mit Rücksicht auf die strenge katholische Unauflösbarkeitslehre eingeführt worden!

2. Nach § 1586 S. 2 „finden die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe Anwendung, wie wenn das Urteil nicht ergangen wäre." Nach dem Bericht der Reichstagskommission ist diese Bestimmung erst von der Redaktionskommission des Reichstags der ursprünglichen Fassung des § 1586 angefügt worden, über die dafür maßgebenden Gründe wird aber nichts mitgeteilt. Die Bedeutung der Vorschrift ist diese:

a. Für die Nichtigkeit. Ist die Nichtigkeit eine heilbare, so wird die Möglichkeit der Heilung durch die Aufhebung nicht berührt. Daher kann die infolge eines Willensmangels nichtige Ehe durch Bestätigung, die wegen des Ehehindernisses des Ehebruchs nichtige durch Dispensation nachträglich giltig werden, §§ 1325 Abs. 2, 1328 Abs. 2. Aber auch der Heilung des Formmangels nach § 1324 Abs. 2 steht die Aufhebung nicht entgegen. Wenn dazu erfordert wird, daß die Gatten eine bestimmte Zeit „als Ehegatten mit einander leben", so ist darunter nicht nur ein ununterbrochenes Zusammenleben in ehelicher Gemeinschaft zu verstehen, sondern es genügt, daß ihr Verhältnis zu einander von ihnen selbst und von Dritten die erforderliche Zeit hindurch für eine Ehe angesehen wird. Dies ist aber auch während der Aufhebung der Fall. Die Aufhebung unterbricht daher nicht den Lauf der Frist.[1]) Die Nichtigkeit kann nicht, wie nach der Auflösung, ohne weiteres, sondern nur im Weg der Klage geltend gemacht werden § 1329. Daher kann auch, anders als bei der Scheidung, das dem bei der Eheschließung

[1]) Opet zu 1586 N. 4 d. A. A. Seckel IV Nr. 4, Töpffer S. 38.

hinsichtlich der Nichtigkeit gutgläubigen Gatten nach § 1345 zustehende Recht nicht ohne weiteres ausgeübt werden.

b) Für die Anfechtbarkeit. Die Anfechtung unterliegt nach A. d. e. G. nicht den Beschränkungen, die nach § 1338 mit der Auflösung der Ehe verbunden sind. Die Anfechtbarkeit kann nach §§ 1337, 1350 Abs. 2 durch Genehmigung oder Bestätigung der Ehe geheilt werden. Die Anfechtung hat in Form der Klage zu erfolgen, § 1341 Abs. 1.

Die Möglichkeit der Anfechtung nach A. d. e. G. führt unter Umständen zu auffallenden und z. T. unbilligen Ergebnissen.[1]) dem will Seckel dadurch abhelfen, daß er nicht die Ehe, sondern nur deren „Restband" anfechten läßt. Dieses Auskunftsmittel wird schon mit der Auflösungstheorie hinfällig, denn nur diese kennt ein Restband der Ehe. Es ist aber auch deshalb zu verwerfen, weil ähnliche Ergebnisse auch für den Fall herauskommen, daß die Nichtigkeit der Ehe nach A. d. e. G. oder nach der Scheidung geltend gemacht wird, und weil beide Fälle gleich behandelt werden müssen.[2])

Diese Feststellungen erlauben einen Rückschluß auf die Motive für die Aufnahme des S. 2 in § 1586: Die Aufhebung beseitigt nicht wie die Auflösung das Bedürfnis, die Ungiltigkeit der Ehe unbeschränkt geltend machen oder beseitigen zu können und namentlich auch nicht die Notwendigkeit, die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe in Form des Urteils für und gegen alle festzustellen. Sie soll daher in dieser Hinsicht nicht den Einfluß der Auflösung haben.

Abgesehen von diesen beiden im Gesetz selbst ausdrücklich hervorgehobenen Verschiedenheiten hat die A. d. e. G. gegenüber der Scheidung noch folgende Unterschiede aufzuweisen:

3. Die Pflicht der ehelichen Treue wird von der A. d. e. G. nicht berührt.

Die A. d. e. G. berechtigt die Gatten, die Erfüllung der ehelichen Pflichten zu verweigern. Dies kann jedoch nur für die positive Seite der ehelichen Lebensgemeinschaft gelten, nicht aber für ihre negative Seite, nämlich die Pflicht der ehelichen Treue. Diese negative Pflicht schließt ihrer Natur

[1]) Vgl. Seckel III. Nr. 9.
[2]) Planck Bem. 3, b zu § 1586.

nach jede Suspension aus, sie verbindet die Gatten jederzeit mit der gleichen Strenge. Während die Verweigerung einer positiven Leistung in vielen Fällen durch Nachholen wieder gutgemacht werden kann, ist eine auch nur einmalige Nichterfüllung einer negativen Pflicht nie mehr vollkommen zu ersetzen. Und gerade bei der ehelichen Treupflicht müßte dem Gesetz eine grobe Unsittlichkeit vorgeworfen werden, wenn es die Ehegatten während der Aufhebung von deren Innehaltung „entbinden" wollte. Auch wenn die Gatten nach § 1353 Abs. 2 B. G. B. zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt sind oder ihnen nach § 627 C. P. O. das Getrenntleben gestattet ist, bleiben sie doch unverändert zur Bewahrung der ehelichen Treue gehalten. Ebenso ist bei der beständigen Separation überall die Fortdauer der Treupflicht anerkannt.[1]) Das Gleiche muß auch für die A. d. e. G. gelten.[2]) Die eheliche Treupflicht hat mit dem Hindernis des bestehenden Ehebandes offenbar denselben inneren Rechtsgrund. Nach der christlichen Sittenlehre ist die geschlechtliche Verbindung eine streng ausschließliche. Jede Verletzung dieser Ausschließlichkeit seitens eines Eheteils ist unsittlich und eine Rechtsverletzung gegenüber dem anderen Teil. Wegen dieser sittlichen Forderung erkennt das Recht nur die monogamische Geschlechtsverbindung als die rechtmäßige an und sorgt durch Aufstellung des impedimentum ligaminis dafür, daß nie jemand mit mehreren Personen zu gleicher Zeit in giltiger Ehe verbunden sein kann. Wenn daher das Gesetz bei A. d. e. G. den getrennten Gatten die Eingehung einer neuen rechtmäßigen Geschlechtsverbindung versagt, so muß daraus ein Schluß gezogen werden auf die Fortdauer auch der ehelichen Treupflicht. Dieser Zusammenhang ist auch bisher niemals verkannt worden: Jam vero si nec illi nubere conceditur, vivo viro, a quo recessit, neque huic alteram ducere viva uxore, quam dimisit: multo minus fas est, illicita cum quibuslibet stupra committere.[3]) Wenn Davidson zu § 1586 die Fortdauer der ehelichen Treupflicht bestreitet mit der Begründung, daß die Frau nicht mehr verpflichtet sei, den Namen des

[1]) Stubenrauch Anm. I. zu § 103—106, Zachariä-Crome § 464, Glück Bd. 26 S. 469.

[2]) Ebenso Friedberg § 158 Anm. 22, Th. Olshausen S. 159/160, J. Olshausen z. § 172 N. 2.

[3]) c 4 C XXXII qu 7 (Augustinus). Vgl. auch Wahlberg in Holtzendorffs Rechtslexikon, Artikel „Ehebruch". Binding, Strafrecht I S. 220 findet es allerdings mit einigen anderen neueren Schriftstellern „sinnwidrig", daß dauernd separierte Personen einander noch zur ehelichen Treue verpflichtet sein sollen.

Mannes zu führen, so ist zwischen diesen beiden Dingen nicht der geringste Zusammenhang zu entdecken.

Weil durch die A. d. e. G. die Wirksamkeit der ehelichen Treupflicht nicht berührt wird, so kann sich auch nach der Aufhebung ein Ehegatte eines Ehebruchs schuldig machen.[1]) Freilich hat ein solcher Ehebruch zunächst keinerlei rechtliche Bedeutung und kann auch vorerst nicht zur Bestrafung gezogen werden.[2])

4. Zwischen Ehegatten ist außerehelicher Geschlechtsverkehr undenkbar. Hieran kann auch die A. d. e. G. nichts ändern. Auch zwischen den getrennten Gatten ist der geschlechtliche Umgang ein ehelicher und deshalb nicht unzüchtig. Daher sind die in den §§ 176 Nr. 2 und 177 St. G. B. bezeichneten Verbrechen zwischen den getrennten Gatten ausgeschlossen, da ihr Tatbestand zwischen ihnen nicht erfüllt werden kann.[3]) Doch kann anstatt des § 177 der § 240 eingreifen.

5. Das zwischen den Gatten bestehende eheliche Verhältnis schließt jedes andere mit diesem nicht vereinbare Rechtsverhältnis zwischen denselben Personen aus. Daher kann z. B. der Ehemann auch bei aufgehobener ehelicher Gemeinschaft seine Frau nicht adoptieren.[4])

6. Welchen Einfluß hat die A. d. e. G. auf den Familienstand der während der Aufhebung von der Frau geborenen Kinder?

Wie diese Frage bei der separatio perpetua auf Grund des gemeinen Rechts behandelt wurde, ist oben in § 3 am Ende ausgeführt. Zur besseren Beleuchtung der Bedeutung dieser Frage wird es zweckdienlich sein, auch auf das österreichische und französische Recht einen Blick zu werfen.

Bei der österreichischen Scheidung (= Trennung von Tisch und Bett nach unserer Ausdrucksweise) wurde früher die Geltung der Ehelichkeitsvermutung auch für die nach der Scheidung geborenen Kinder angenommen. Das österreichische B. G. B., das die Wirkungen der Scheidung von Tisch und Bett durch zahlreiche Einzelbestimmungen regelt, sieht nämlich einerseits hinsichtlich dieses Punktes keine Aenderung vor, andererseits läßt es die Ehelichkeitsvermutung nach §§ 138 und 155 erst enden „nach dem Tode

---

[1]) Ebenso Olshausen zu § 172; Th. Olshausen S. 159; Friedberg § 158. Anm. 52.

[2]) Vgl. aber unten § 9.

[3]) Olshausen zu § 172 Nr. 2 N. 8, zu § 177 N. 3. Abw. Seckel N. 93 a.

[4]) Abw. Seckel N. 142.

des Mannes oder nach gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes.“ Eine gänzliche Auflösung des Ehebandes findet aber bei der Scheidung von Tisch und Bett nicht statt. In der Praxis ergaben sich hieraus Unbilligkeiten gegen die geschiedenen Männer, zumal das österreichische Recht zur Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes fordert. Es wurde dann zunächst die Frage diskutiert, ob nicht doch die Scheidung von Tisch und Bett, ohne mit dem Gesetz in Widerspruch zu geraten, der Auflösung der Ehe gleichgestellt werden könne. Das Resultat dieser Bemühungen war aber ein negatives.[1]) Daher erging im Jahre 1835 ein Hofdekret, wonach die später als 10 Monate nach der Scheidung von der Ehefrau geborenen Kinder nur dann für ehelich zu halten sind, wenn die Vaterschaft des Ehemanns nach den Regeln über den Beweis der unehelichen Vaterschaft dargetan wird oder nachgewiesen wird, daß während der Empfängniszeit des Kindes eine Wiedervereinigung der Gatten stattgefunden habe, ohne daß dieselbe bei Gericht angezeigt worden ist, (was nach österreichischem Recht zur Wirksamkeit der Wiederherstellung notwendig ist). Diese Regelung blieb auch in Geltung unter der Herrschaft des österreichischen Konkordates.[2])

Der code civil enthielt in seiner ursprünglichen Fassung nur eine einzige materiellrechtliche Bestimmung über die séparation de corps in a. 311 und a. 1441: die séparation hat Gütertrennung zur Folge. Eine weitere Bestimmung, die für die Dauer der séparation die Vaterschaftsvermutung ausschließen sollte, wurde bei der Beratung des Gesetzes abgelehnt.[3]) Infolgedessen war der Einfluß der séparation de corps auf die Vaterschaftsvermutung zunächst streitig. Die herrschende Meinung nahm aber ihre Fortdauer an.[4]) Durch Gesetz vom 6. XII. 1850 erhielt der c. c. aber einen Zusatz zu a. 313, wonach die vom 300. Tage nach der Trennung an geborenen Kinder zunächst zwar auch als eheliche zu behandeln sind, der Mann ihnen aber diese Stellung durch eine nicht weiter zu begründende Anfechtung (désaveu) nehmen kann.[5]) Doch bleibt dieser gegenüber der Nachweis offen, daß eine Wiedervereinigung der Ehegatten stattgefunden habe. Die Frist

[1]) Vgl. die Aufsätze von Winiwarter, Dolliner und Wessely in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit Jg. 1828, 1829, 1834.
[2]) Kaiserliches Patent vom 8. Oktober 1856 § 61.
[3]) Dalloz, jurisprudence générale Bd. 35 S. 182 n. 64 und 65.
[4]) Zachariä-Crome S. 161 f.
[5]) Zachariä-Crome S. 453.

von 300 Tagen beginnt dabei schon dann, wenn den Gatten während des Trennungs- oder Scheidungsprozesses das Getrenntleben gestattet wird.

Sowohl nach dem österreichischen wie nach dem französischen Recht schließt demnach die beständige Trennung die Ehelichkeit der während der Trennung erzeugten und geborenen Kinder nicht aus, nur ist dem Ehemann die Geltendmachung der Unehelichkeit sehr erleichtert bezw. ganz abgenommen.

Bei der A. d. e. G. kann die Frage für diejenigen Schriftsteller, die die A. d. e. G. für eine Auflösung der Ehe ansehen, nicht zweifelhaft sein: die nach dem 302. Tage nach der Aufhebung geborenen Kinder sind uneheliche.[1])

Die anderen Schriftsteller sind, soweit sie sich überhaupt über diesen Punkt aussprechen, geteilter Ansicht.

Wohl die meisten stellen auch in diesem Punkt die Aufhebung der Auflösung völlig gleich, so daß trotz der an sich fortdauernden Ehe ein später als 302 Tage nach erfolgter Aufhebung geborenes Kind unehelich ist und zwar selbst dann, wenn der Ehemann der Frau in der Empfängniszeit beigewohnt hat, falls es dabei nicht zur Wiederherstellung der e G. gekommen ist. So u. a. Cosack § 290 I, 2, d.; Th. Olshausen S. 154 f.; Matthiaß. Für sie ist dieses Ergebnis eine einfache Folgerung aus der grundsätzlichen Erwägung, daß sich die Wirkungen der A. d. e. G. überall mit den Wirkungen der Scheidung decken, soweit nicht im Gesetz ausdrücklich etwas Anderes angeordnet ist.

Andere räumen der A. d. e. G. hier keinerlei Einfluß ein, sodaß alle von der Frau während der Aufhebung geborenen Kinder bis auf weiteres ehelich sind. So Staudinger-Engelmann zu § 1586; Engelmann in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 63 S. 44; Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft S. 14; Erler, Ehescheidungsrecht S. 83 Anm. 10; Leske, vergleichende Darstellung des B. G. B. und A. L. R. Bd. II. S. 834; nicht hierher, sondern zur vorhergehenden Gruppe gehört Matthiaß, den Planck zu § 1586 N. 2 Abs. 3 irrtümlich hierherzählt. Für Staudinger-Engelmann ergibt sich diese Entscheidung aus dem Grundsatz, daß die Aufhebung der e. G. die Wirkungen der Ehe, von bestimmt bezeichneten Ausnahmen abgesehen, unberührt lasse. Für die aber, die diesen Standpunkt nicht teilen, bedarf diese Entscheidung einer besonderen Begründung. Dennoch begnügen

[1]) So Seckel II. A. Nr. 7.

sich die angeführten Schriftsteller mit einem Hinweis darauf, daß die A. d. e. G. nicht Auflösung der Ehe sei.[1])

Zweifelhaft drückt sich Dernburg aus.[2])

Für das B. G. B. verschiebt sich die Bedeutung der Frage wegen der Formlosigkeit der Wiederherstellung der e. G. Denn wenn die Gatten nach der Aufhebung geschlechtlichen Umgang mit einander haben, so wird dies für die Regel die Wiederherstellung herbeiführen, sodaß die meisten der während der Aufhebungszeit von der Frau geborenen Kinder, auch wenn man die Ehelichkeit durch die A. d. e. G. nicht berührt werden läßt, doch wegen des Mangels der Beiwohnung des Ehemannes nur anfechtbar ehelich sein werden. Doch sind auch andere Fälle, in denen es trotz der zwischen den Ehegatten erfolgten Beiwohnung nicht zu einer Wiederherstellung der e. G. gekommen ist, durchaus möglich.[3])

Eine mechanische Anwendung des in § 1586 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes muß notwendig dazu kommen, jedes 302 Tage nach der Aufhebung von der Frau geborene Kind für unehelich zu erklären, geradeso wie wenn es nach der Scheidung geboren wäre. Auch wäre schließlich eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht undenkbar, daß ein von einer Ehefrau geborenes Kind unter bestimmten Umständen, trotzdem an sich alle tatsächlichen Voraussetzungen der Ehelichkeit vorhanden sind, nicht ehelich sein soll. Trotzdem wird auch für die A. d. e. G die entgegengesetzte Entscheidung als die richtige vorzuziehen sein. Wie die Gesetzesredaktoren über diesen Punkt dachten, ist im Bericht der Reichstagskommission mit keinem Wort angedeutet. Der Vorsitzende dieser Kommission, Spahn, vertritt jedoch in seinem Buch über die Verwandtschaft und Vormundschaft S. 14 die Ansicht, daß die Aufhebung der e. G. die Ehelichkeit der während derselben geborenen Kinder nicht ausschließe. Eine Ehe aber, aus der uneheliche Kin-

---

[1]) Vgl. bes. Leske S. 834 mit S. 821, Spahn S. 82 und 91 mit S. 14.

[2]) § 31 Anm. 8 a. E. Dernburg sagt, ein solches Kind sei regelmäßig ein eheliches, da, von Ausnahmefällen abgesehen, durch Geschlechtsverkehr der Gatten die e. G. wiederhergestellt sei. Darnach scheint er die Ehelichkeit dieser Kinder nicht anzunehmen, wenn die e. G. nicht wiederhergestellt ist. Daß er aber nicht soweit gehen will, zeigt die weitere Bemerkung: „Dagegen kann die Vermutung des § 1591 Abs. 2 . . . nach A. d. e. G. sicher nicht Platz greifen. Denn sie knüpft sich ihrem Sinn nach an diese Gemeinschaft." Also verwirft er mit Bestimmtheit nur die Fortdauer dieser Vermutung, läßt aber im übrigen die Frage offen. Vgl. auch Fritze in der kritischen Vierteljahrschrift 1902 S. 33 (Besprechung von Davidson, die Ehescheidung).

[3]) Seckel Nr. 130; Zachariä-Crome S. 105 Nr. 3.

der hervorgehen, erscheint als ein Widerspruch in sich. Denn da die Ehe die rechtlich anerkannte Geschlechtsverbindung ist, die ihrem Wesen nach auf Kindererzeugung gerichtet ist, so ist es widerspruchsvoll, der aus dieser rechtlich anerkannten Verbindung hervorgehenden natürlichen Verwandtschaft die rechtliche Anerkennung zu versagen. Wie sollte ferner gerade das B. G. B., das die unehelichen Kinder auf jede Weise in die Stellung ehelicher zu bringen sucht und den Kreis der Ehelichkeit so weit zieht, daß es auch die vorehelich erzeugten Kinder, wenn sie nur in der Ehe geboren sind, einfach für eheliche erklärt, solche Kinder, die nicht nur in der Ehe geboren, sondern auch erzeugt sind, von der Rechtsstellung der Ehelichkeit ausschließen? Offenbar ist dieser Punkt, wie so mancher andere in unserer Materie, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Denn bei ganz wörtlicher Anwendung des Gesetzes käme man zu dem sonderbaren Ergebnis, daß einem während der Aufhebung erzeugten und geborenen Kinde der Ehegatten die zwischen seinen Eltern bestehende Ehe den Weg zur Legitimation durch nachfolgende Eheschließung verlegen würde, da zwischen seinen Eltern, so lange nicht Scheidung erfolgt ist, eine Eheschließung unmöglich ist. Das ist sicher nicht im Sinne des Gesetzes, und so bleibt auch vom Standpunkt der Auflösungstheorie hier eine Lücke, die erst im Weg der Analogie ergänzt werden muß, indem in § 1719 B. G. B. die Eheschließung durch Wiederherstellung der e. G. ersetzt wird.[1])

Allerdings ergeben sich bei unserer Auffassung nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten, die jedoch bei der allgemein zugestandenen Unzulänglichkeit der die A. d. e. G. betreffenden Bestimmungen weiter nicht gegen unsere Entscheidung geltend gemacht werden können. Wenn nämlich die Aufhebung ohne Einfluß ist auf die Ehelichkeit der von der Ehefrau während der Aufhebungszeit geborenen Kinder, so sind nach dem System des B. G. B. alle in dieser Zeit von der Frau geborenen Kinder bis auf weiteres ehelich. Daß der Ehemann das Recht behält, auch die nicht von ihm erzeugten Kinder durch seine Anerkennung oder durch Unterlassung der Anfechtung endgiltig zu ehelichen zu machen, kann zwar hier nicht mehr auffallen als bei ungestörter Ehe. Andererseits ist der Mann aber auch fortdauernd genötigt, die Ehelichkeit solcher Kinder anzufechten, wenn er sie nicht als seine eignen behalten will. Um mit seiner Anfechtung durchzudringen, muß er in jedem einzelnen Falle die Ver-

[1]) Seckel IV. Nr. 8.

mutung der Beiwohnung widerlegen. Daß darin eine Unbilligkeit dem Mann gegenüber liegt, ist nicht zu bestreiten. Schon an sich ist es bei den während der Aufhebungszeit von der Frau empfangenen und geborenen Kinder wahrscheinlicher, daß sie uneheliche sind, weil ja eine Beiwohnung zwischen den Ehegatten meist zur Wiederherstellung der e. G. führen wird. Besonders kraß liegt der Fall dann, wenn die Aufhebung wegen Treubruches der Frau erfolgt ist und diese nach der Aufhebung ihren schlechten Lebenswandel fortsetzt. Das B. G. B. hat hier dieselbe Lücke, die auch das österreichische B. G. B. und der code civil anfangs aufwiesen und deren Ausfüllung die Praxis bald notwendig machte. Die Schwierigkeit würde den größten Teil ihres Gewichtes verlieren, wenn es sich begründen ließe, daß die Aufhebung die Beiwohnungsvermutung ausschließt, trotzdem im übrigen die die Ehelichkeit der Kinder betreffenden Bestimmungen in Kraft bleiben. Man kann dafür die Analogie der vorehelich erzeugten Kinder herbeiziehen: Wie das Gesetz bei diesen die Beiwohnungsvermutung nicht Platz greifen läßt, weil es nicht angeht, lediglich auf Grund der Eheschließung einen vorehelichen geschlechtlichen Verkehr des Mannes mit der Frau anzunehmen, so ist auch bei der Aufhebung diese Vermutung auszuschließen, weil sie mit der Beseitigung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine Hauptstütze verloren hat und es unter den durch die Aufhebung herbeigeführten Verhältnissen unbillig wäre, von dem Mann zu verlangen, bei jeder Geburt der Frau seine Nichtvaterschaft zu beweisen. Wenn man demgegenüber auf die §§ 1353 B. G. B. und 627 C. P. O. verweist, wo trotz des gesetzmäßigen Getrenntlebens der Gatten die Beiwohnungsvermutung bestehen bleibt, so ist zu bedenken, daß es sich hier um ganz vorübergehende Zustände handelt, während die A. d. e. G. ihrer Natur nach von unbegrenzter Dauer ist. Der Mann könnte also, gerade so wie nach französischem Recht und wie es das B. G. B. bei den vorehelich erzeugten Kindern ausdrücklich zuläßt, durch Erhebung der Anfechtungsklage oder Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht die Ehelichkeit der während der Aufhebung empfangenen Kinder beseitigen. Sollte aber auch dieser Ausweg nicht gangbar sein, so ist jedenfalls so viel gewiß, daß die Tatsache der bestehenden Aufhebung schon an sich bei der freien richterlichen Beweiswürdigung in den meisten Fällen zur Widerlegung der Beiwohnungsvermutung hinreichen wird.[1]) Daß die während der Aufhebung geborenen ehelichen

[1]) Opet, Verwandtschaftsrecht S. 18 § 6, wo er die A. d. e. G. noch nicht für eine Auflösung der Ehe ansieht.

Kinder unter Umständen einen anderen Namen führen als ihre Mutter, kann nicht mehr auffallen, als bei jedem nach der Scheidung geborenen ehelichen oder bei einem während der Ehe geborenen unehelichen Kind.

B. Während die A. d. e. G. in den bisher aufgezählten Punkten die Rechtswirkungen der Ehe unberührt läßt, ist sie im Gegensatz zu abweichenden Ansichten in den folgenden dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehörenden Fällen der Scheidung gleichzustellen. Auch hier gilt die Ehe infolge der A. d. e. G. überall als aufgelöst und nicht mehr vorhanden. (S. den vorhergehenden §.) Der Umstand, daß die hier in Betracht kommenden Fälle auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegen, kann für sich allein eine Ausnahme von diesem Grundsatz nicht begründen. Ein besonderer Grund ist aber in allen diesen Fällen nicht beizubringen, im Gegenteil wird es sich zeigen, daß die Durchführung der Grundregel hier überall der ratio legis entspricht.

1. Für die Möglichkeit der Bestrafung des Ehebruchs ist es gleichgiltig, ob die Ehe geschieden oder nur die e. G. aufgehoben ist.[1]) Auch hier hat die Aufhebung die mit der Scheidung verbundene Wirkung. Das wurde von der herrschenden Ansicht auch schon für die separatio perpetua angenommen.[2]) Bei der A. d. e. G. kommt noch folgende Erwägung hinzu: Ließe die A. d. e. G. nicht ebenso wie die Scheidung Bestrafung des Ehebruchs zu, so wäre dieser Umstand für manchen Ehebrecher ein wirksamer Beweggrund, gegenüber dem Aufhebungsantrag des Klägers die Stellung eines Scheidungsantrags zu unterlassen. Diese indirekte Beschränkung des Beklagten ist offenbar nicht im Sinn des Gesetzes. Noch viel weniger aber das andere, daß der schuldlose Teil es nach der Aufhebung ganz in der Hand haben soll, sobald es ihm beliebt, vielleicht erst nach Jahren Scheidungs- und Strafantrag zu stellen.

2) Nach der A. d. e. G. gelten für die Ehegatten nicht mehr die Sondervorschriften, die das Strafgesetzbuch für Angehörige im allgemeinen und für Ehegatten im besonderen trifft (§§ 52, 54, 213, 232,$_2$, 247, 257, 263, 292, 303; ferner 274,$_2$, 370 Nr. 5). Dem Angehörigkeits- bezw. Gattenverhältnis kommt im St. G. B. auf Grund dieser

---

[1]) Olshausen zu § 172 St. G. B. Nr. 7. A. A. Th. Olshausen S. 158 f., Friedberg § 158 Anm. 51.

[2]) Olshausen A. a. O. Vgl. von Schwarze in Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts Bd. 3 S. 298: Beständige Trennung von Tisch und Bett genügt im Fall des § 172 zur Bestrafung, da sie in ihren zivilrechtlichen Wirkungen der Scheidung gleichsteht."

Vorschriften eine strafausschließende und strafmildernde Wirkung in verschiedener Richtung zu. Auch diese Wirkung der Ehe wird bei der Aufhebung gleich den meisten anderen beseitigt. Hier nehmen allerdings sämtliche Schriftsteller, die die A. d. e. G. nicht als Auflösung der Ehe ansehen, das Gegenteil an.[1]) Auch die beständig von Tisch und Bett Getrennten wurden als Angehörige im Sinn des § 52 betrachtet, so weit nicht die separatio perpetua auf Grund der Landesgesetzgebung als Auflösung der Ehe anzusehen war.[2]) Bei der Aufhebung der e. G. ist man zu dieser Annahme insofern noch mehr berechtigt, als die Gatten freiwillig bei ihr stehen bleiben und dadurch erlassen, daß sie sich fortdauernd noch als Ehegatten ansehen. Der Umstand allein, daß wir uns hier auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts befinden, kann jedoch, wie bereits bemerkt, diese Entscheidung nicht rechtfertigen. Ein weiterer durchschlagender Grund läßt sich aber für sie nicht anführen. Denn das Verhältnis der Gatten nach der Aufhebung kann die hier in Frage stehende strafrechtliche Berücksichtigung nicht mehr beanspruchen.

Auch für die § 181 Nr. 2 und 181a Abs. 2 wird das Gattenverhältnis nach der Aufhebung unbeachtlich sein; die dort bezeichneten Verbrechen werden übrigens zwischen getrennten Gatten kaum vorkommen.

3) Ebenso erlöschen mit der Aufhebung die Befugnisse, die einem Ehegatten auf Grund der Ehe zustehen, nach dem Tode des anderen im Falle einer Beschimpfung seines Andenkens für diesen Strafantrag zu stellen, St. G. B. § 189 Abs. 3, Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zu beantragen, St. P. O. § 401 Abs. 2, und die Privatklage fortzusetzen, St. P. O. § 433 Abs. 2. Diese Befugnisse stehen den Ehegatten zu in ihrer Eigenschaft als Lebensgefährten, die ihre Angelegenheiten für einander zu besorgen pflegen; da die Lebensgemeinschaft mit der A. d. e. G. endet, so ist die Beseitigung dieser Befugnisse durch die Aufhebung wohl angebracht. Noch viel mehr muß mit der Aufhebung die auf der eheherrlichen Gewalt beruhende einseitige Befugnis des Mannes erlöschen, bei Beleidigung und Körperverletzung der Frau selbständig Strafantrag zu stellen, St. G. B. § 195 und 232, in der Hauptverhandlung gegen die Frau als deren Beistand aufzutreten und in ihren Strafsachen selbständig Rechtsmittel einzulegen, St. P. O. §§ 149,

[1]) Olshausen zu § 52 Nr. 22. Th. Olshausen S. 256 u. a.
[2]) Rubo zu § 52 Bem. 17 Anm. * * *

340. In demselben Sinn ist auch C. P. O. § 646 mit Seckel II. Nr. 18 einschränkend auszulegen: Nach der Aufhebung kann der Mann keinen Entmündigungsantrag mehr gegen die Frau stellen. Das infolge der Aufhebung eingetretene Verhältnis gestattet solche eigenmächtige Eingriffe des Mannes in die Persönlichkeitssphäre der Frau nicht mehr.

4) Nach der Aufhebung begründet die Ehe nicht mehr die besondere Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften zwischen den getrennten Gatten nach K. O. § 31 No. 2 und § 32 No. 2 und Anfechtungsgesetz § 3 No. 2 und 4.[1]) Diese Bestimmungen berücksichtigen die Ehe vorzüglich unter dem Gesichtspunkt der zwischen den Gatten bestehenden wirtschaftlichen Interessengemeinschaft. Da diese mit der Aufhebung entfällt, so ist die Gleichstellung der Aufhebung mit der Scheidung auch in diesem Punkte durchaus berechtigt und zu einer Einschränkung des § 1586 fehlt jeder Anhalt. Für K. O. § 31 No. 2 und Anf. G. § 3 No. 2 rechtfertigt sich diese Entscheidung noch besonders dadurch, daß das infolge der Aufhebung zwischen den Gatten bestehende Verhältnis jeden Verdacht gemeinschaftlicher Benachteiligung der Gläubiger in weite Ferne rückt. Dabei bleibt im Fall einer Wiederherstellung die Möglichkeit analoger Anwendung dieser Bestimmungen auch auf ein in entsprechender Frist vor der Wiederherstellung abgeschlossenes Geschäft bestehen.

Auch die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes liegenden Wirkungen der Ehe werden also durch die A. d. e. G. grundsätzlich aufgehoben, da sie wie die meisten der vielgestaltigen Wirkungen der Ehe unmittelbar auf die sich aus der Ehe ergebende vollkommene Lebensgemeinschaft der Ehegatten zurückzuführen sind. Nur ausnahmsweise, wo besondere Gründe vorliegen, bleibt die Ehe nach der Aufhebung auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts fortdauernd von Bedeutung, vgl. oben unter A 1, 3 und 4.

Die Abweichungen der Aufhebung von der Scheidung sind daher nicht sehr bedeutend. Die Aufhebung entkleidet die Ehe in den meisten Richtungen ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit, und die von ihr nicht berührten Rechtsfolgen der Ehe sind wesentlich negativer Art (Ausschluß der Wiederverheiratung). In diesem Sinne ist der in § 1586 B. G. B. ausgesprochene Grundsatz in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht, dem er entstammt, zu verstehen. Damit entfällt auch der von den Vertretern der Auflösungstheorie gegen unsere Grundauffassung erhobene Einwand, sie führe zu unbrauchbaren Ergebnissen.

[1]) A. A. Dernburg § 31 Anm. 8. Jäger, K. O. zu § 31 Anm. 23.

§ 9. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft und ihre Wirkungen.

I. Aus dem Begriff der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ergibt sich Möglichkeit und Wesen der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft. Die A. d. e. G. gibt den Gatten die Befugnis, die von der Ehe an sich geforderte Lebensgemeinschaft aufzugeben und hebt auch im übrigen die positiven Rechtsfolgen der Ehe fast gänzlich auf. Dabei bleibt den Gatten die Möglichkeit offen, die einmal aufgegebene Lebensgemeinschaft wieder aufzunehmen. Aber auch nach ihrer rechtlichen Seite erscheint die Aufhebung nur als eine außergewöhnliche Gestaltung der Ehe, die jederzeit wieder beseitigt werden kann, und die notwendige Folge dieser Beseitigung ist dann der Wiedereintritt der normalen Form der Ehe. Die einmal eingetretene Aufhebung ist an sich dauernd, aber nach der Idee der A. d. e. G. ist ihre Beseitigung durch Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft möglich und wünschenswert. Daher lassen auch alle Rechte, die die beständige Trennung in irgend einer Form kennen, die Möglichkeit der Wiederherstellung des ehelichen Lebens offen. Der code civil regelt sie nicht ausdrücklich, sondern setzt sie als selbstverständlich voraus. Die W. d. e. G. ist also ihrem Wesen nach Beendigung der A. d. e. G. und damit Zurückführung der Ehe in ihre normale Gestalt. Als solche steht sie im Gegensatz zur Eheschließung und kann nicht als eine Art der Eheschließung bezeichnet werden, wie es von Behr und Opet gemäß ihrer Grundauffassung geschieht. Trotz dieses zwischen der Eheschließung und der Wiederherstellung bestehenden wesentlichen Unterschiedes ist andererseits auch wieder eine weitgehende Analogie zwischen beiden vorhanden. Die Eheschließung begründet die Ehe und mit ihr die eheliche Lebensgemeinschaft, die Familie, und alle daraus fließenden Rechtswirkungen. Die Wiederherstellung begründet zwar nicht die Ehe, die ja noch besteht, aber sie begründet von neuem die eheliche Lebensgemeinschaft und die durch die Aufhebung beseitigten vielgestaltigen Wirkungen der Ehe, deren unmittelbare Grundlage eben diese eheliche Gemeinschaft ist. Diese Analogie berechtigt dazu, die dürftigen Vorschriften des Gesetzes über die Wiederherstellung nach den für die Eheschließung geltenden Bestimmungen zu ergänzen.

Was ist zur wirksamen Wiederherstellung erforderlich? § 1587 B. G. B. bestimmt: „Wird die eheliche Gemeinschaft

nach der Aufhebung wieder hergestellt, so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und tritt Gütertrennung ein." In dem in der Reichstagskommission gestellten Antrag lautete § 1566 a. Abs. 2: „Wird nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das eheliche Leben wieder aufgenommen, so . . ." Hieraus ergibt sich zunächst soviel, daß die Wiederherstellung nur erfolgen kann, wenn beide Gatten darüber einig sind, denn eine eheliche Gemeinschaft kann nach der Natur der Sache nur durch Zusammenwirken beider Gatten zustande kommen. Die Wiederherstellung kann also nicht wie im kanonischen Recht einseitig durch den Willen des schuldlosen Teils erfolgen. Insbesondere ist eine nachträgliche Verzeihung des Scheidungsgrundes wirkungslos, wie sich aus § 1576 in Verbindung mit § 1570 ergibt. Eine derartige Befugnis wäre auch mit dem beiden Teilen zustehenden Rechte auf Grund der Aufhebung ohne weitere Scheidung zu verlangen, nicht zu vereinbaren. Das B. G. B. stimmt hier mit dem österreichischen und französischen Recht überein.[1])

Die Worte des Gesetzes, noch mehr die des Kommissionsantrags, lassen zunächst an ein äußeres tatsächliches Zurücktreten der getrennten Gatten in die eheliche Gemeinschaft denken. Darnach erklären die meisten Schriftsteller irgend eine äußere Handlung der Gatten, in der „sich die eheliche Lebensgemeinschaft, das Miteinanderleben der Gatten verwirklicht", für eine unerläßliche Vorbedingung der wirksamen Wiederherstellung[2]), zum Teil für das allein wesentliche Element derselben.[3]) Diese Ansicht ist abzulehnen. Zur wirksamen Wiederherstellung genügt vielmehr die formlose Willenseinigung der getrennten Gatten, die eheliche Lebensgemeinschaft wieder aufnehmen zu wollen.[4]) Auch die Vertreter der ersten Ansicht geben fast allgemein zu, daß die äußerliche tatsächliche Wiedervereinigung nur dann rechtswirksam ist, wenn in ihr der auf die Fortsetzung der Ehe gerichtete Wille der Gatten unzweideutig zum Ausdruck kommt. Die äußere Handlung hat also nur die Bedeutung einer Willensäußerung. Wenn nun auch in unserem Fall die Worte des Gesetzes zunächst an eine Willensbetätigung denken lassen, so ist deshalb die ausdrückliche Willenserklärung ebenso wenig auszuschließen, als in anderen Fällen, wo das Gesetz von einer Willenserklärung

[1]) Stubenrauch zu § 110; Zachariä-Crome S. 164.
[2]) So besonders Seckel III. Nr. 1 und 3.
[3]) So Matthiaß.
[4]) Ebenso Dernburg § 31, Friedberg § 158 Anm. 53; Mayer S. 98.

spricht, damit allein die stillschweigende Willensbetätigung noch nicht ausgeschlossen ist. Gerade bei der Wiederherstellung der e. G. ist die ausdrückliche Willenserklärung, die jeden Zweifel ausschließt, der bloßen Willensbetätigung, die oft recht zweifelhaft sein kann, durchaus vorzuziehen. Die e. G. ist wiederhergestellt in dem Augenblick, wo die Gatten darüber einig geworden sind, in Zukunft wieder als Eheleute zu leben, mag diese Einigung nun durch ausdrückliche Erklärungen oder durch schlüssische Handlungen erfolgt sein. Welchen Zweck neben einer ausdrücklichen Erklärung noch eine vielleicht ganz vorübergehende äußere Handlung haben könnte, ist nicht einzusehen. [1])

Anders als im österreichischen und sächsischen Recht [2]) bedarf die Wiederherstellung nach dem B. G. B. keinerlei Form. Ein Antrag, die Wirksamkeit der Wiederherstellung von einer Anzeige beim Standesamt abhängig zu machen, wurde bei der Beratung des Gesetzes ausdrücklich abgelehnt. Daß Eheleute auf den Gedanken kommen sollten, sich für die Wiederherstellung der Form der Eheschließung zu bedienen, was Seckel in Erwägung zieht, ist kaum anzunehmen. Der darum angegangene Standesbeamte hätte die Parteien einfach über den Unterschied zwischen Eheschließung und Wiederherstellung zu belehren und eine Mitwirkung seinerseits zu versagen, da er zur Vornahme der Wiederherstellung nicht berufen ist. — Die bereits erfolgte Wiederherstellung hat der Standesbeamte auf Antrag am Rande des Heiratsregisters zu vermerken, P. St. G. § 55 Abs. 2. Zur Stellung des Antrags ist jeder Gatte auch allein befugt, wenn er die Tatsache der Wiederherstellung dem Beamten zu beweisen vermag.

In Ansehung ihrer rechtlichen Natur wird die Wiederherstellung von einigen für einen rein tatsächlichen Vorgang erklärt. [3]) Andere sehen in ihr eine einem Rechtsgeschäft nahestehende Rechtshandlung. [4]) Nach einer dritten Ansicht ist sie ein Rechtsgeschäft, und zwar, da sie eine Willenseinigung beider Gatten erfordert, ein Vertrag. [5]) Letzterer

[1]) Zachariä-Crome S. 163 fordert für das französische Recht neben der Willenseinigung der Gatten auch deren Vollziehung, jedoch ohne Anhaltspunkt im Gesetz, das nichts Ausdrückliches darüber bestimmt. Vgl. dagegen Laurent, Principes de droit civil t. III. n. 357: La séparation de corps cesse du moment, où les époux sont d'accord pour rétablir la vie commune.

[2]) Oesterreichisches b. G. B. § 110; sächsisches b. G. B. § 1768.

[3]) So Matthiaß, Behr S. 41 und auch Friedberg § 158 Anm. 53, obwohl er wörtliche Erklärung zur Wiederherstellung für genügend erklärt.

[4]) Planck § 1587 Anm. 1.

[5]) Seckel III bei N. 124a; Staudinger Bem. II, A, 2. Opet, Mayer S. 95

Ansicht ist beizutreten. Diejenigen, die in der Wiederherstellung einen rein tatsächlichen Vorgang sehen, sind insofern im Recht, als der Ausdruck „wiederherstellen“ in § 1587 (im Gegensatz zu „Wiederherstellung“ in § 1425 und anscheinend selbst zu „wiederherstellen“ in a. 46 II. E. G.) in der Tat zunächst nur einen tatsächlichen Vorgang, nämlich eine Willenserklärung oder -Betätigung bezeichnet (s. o. § 6 Anm. 1 b.). An diese zunächst rein tatsächliche Handlung der Eheleute knüpft das Gesetz aber sofort weittragende Rechtswirkungen, nämlich den Wegfall der mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen und folgeweise den Wiedereintritt der normalen Ehewirkungen. Daraus ergibt sich aber sofort, daß wir es in § 1587 mindestens mit einer Rechtshandlung zu tun haben, denn auch jede andere Rechtshandlung unterscheidet sich von einer rein tatsächlichen Handlung nur durch die an sie geknüpften Rechtsfolgen. Da nun ferner die in § 1587 verlangten Handlungen wesentlich in Willenserklärungen bestehen, so haben wir ein Rechtsgeschäft vor uns, und da dieses Rechtsgeschäft zweiseitig ist, einen Vertrag. Von diesem Rechtsgeschäft beschreibt das Gesetz nur den Tatbestand und die sich an diesen knüpfende Wirkung, gibt aber keine Bezeichnung für das Ganze. Letzteres wird aber im Gegensatz zur Aufhebung der e. G., deren Wirkungen durch dasselbe beseitigt werden sollen, und entsprechend seinem Tatbestand von der gesamten Litteratur zutreffend ebenfalls als Wiederherstellung der e. G. bezeichnet.

Ist die Wiederherstellung ein Rechtsgeschäft, so erhebt sich die Frage, wie dasselbe in seinen Einzelheiten zu behandeln sei.

Hinsichtlich des Einflusses der Mängel im Willen und der Geschäftsfähigkeit will Seckel statt der allgemeinen Vorschriften in B. G. B. §§ 104 ff. 116 ff. die besonderen für die Eheschließung geltenden Bestimmungen §§ 1323 ff. analag zur Anwendung bringen. Ihm schließt sich an Mayer S. 103 ff, zum Teil auch Dernburg § 31 Anm. 7. Dagegen verweisen Planck und Staudinger zu § 1587 ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen. Die Frage kann natürlich hier nicht kurzerhand entschieden werden.[1]) Es sei hier nur auf folgende Punkte hingewiesen: Die Nichtigkeitsgründe der §§ 116—118 B. G. B. können bei der ganz formlosen Wiederherstellung nicht wohl außer acht gelassen werden. Bei der solen-

[1]) S. Seckel N. 146.

nisierten, unter Mitwirkung eines staatlichen Organs sich vollziehenden Eheschließnng hat die Nichtberücksichtigung dieser Umstände kein Bedenken.[1]) — Im Interesse der Rechtssicherheit und gemäß der sonstigen Behandlung der Ehesachen wäre freilich zu wünschen, daß die Geltendmachung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bei der Wiederherstellung nicht anders als bei der Eheschließung nur in Form der Klage erfolgen könnte, sodaß alle Willkür der Beteiligten ausgeschlossen und die wirkliche Rechtslage mit Wirkung gegen alle endgiltig festgestellt würde. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die erste Voraussetzung zur Erreichung dieses Zweckes die Oeffentlichkeit der Wiederherstellung selbst wäre, etwa, wie im österreichischen Recht durch obligatorische gemeinschaftliche Anzeige beim Standesamt. Wenn aber das Gesetz bei der Wiederherstellung selbst das Erfordernis der Oeffentlichkeit und Formalisierung fallen läßt, so weist dies darauf hin, daß auch die Geltendmachung ihrer Ungiltigkeit außergerichtlich und formlos zu geschehen hat Rein äußerlich betrachtet, könnte dann auch der Fall eintreten, daß im Heiratsregister die Nichtigkeitserklärung einer Wiederherstellung einzutragen wäre, obwohl die Wiederherstellung selbst im Register nicht erwähnt ist. Für den wichtigsten Fall, wenn nämlich trotz erfolgter Wiederherstellung Scheidung nach § 1576 verlangt würde, müßte die Frage nach der Giltigkeit der Wiederherstellung auch bei dieser Gestaltung wenigstens incidenter zur richterlichen Beurteilung kommen [2])

Die angeführten Umstände sprechen gegen Seckels Ansicht. Wenn das Gesetz die Wiederherstellung sich ganz formlos zwischen den Ehegatten allein abspielen läßt, so scheint dies darauf hinzudeuten, daß dieses Rechtsgeschäft auch im übrigen nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen ist, zumal die für die Eheschließung geltenden Besonderheiten die Formalität und Oeffentlichkeit der Eheschließung mehrfach voraussetzen und ohne diese keinen rechten Sinn haben. Grundsätzlich wird man daher die Wiederherstellung nach den allgemeinen Bestimmungen zu beurteilen haben. Dabei ist jedoch eine Berücksichtigung der in den besonderen für die Eheschließung geltenden Bestimmungen zum Ausdruck kommenden Prinzipien nicht ausgeschlossen. So wird arglistige Täuschung nur dann als Anfechtungsgrund zu betrachten sein, wenn sie sich auf Umstände bezieht,

[1]) Staudinger zu § 1587 II. A 2 g und § 1332 Nr. 3. Schmidt zu § 1587 4 b.

[2]) Vgl. Planck § 1587 Nr. 3.

die den Getäuschten bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Wiederherstellung abgehalten haben würde. Ganz unbeachtlich ist auch hier eine Täuschung über Vermögensverhältnisse. Die Anfechtung wegen Irrtums braucht nicht unverzüglich (§ 121) zu erfolgen, sondern in einer Frist von sechs Monaten (§ 1339). — Bei einem nur beschränkt geschäftsfähigen Gatten wird man übrigens nach Analogie von § 612 C. P. O. bei der Wiederherstellung von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters absehen können.[1])

Für das Rechtsgeschäft der Eheschließung bestehen einige besondere Voraussetzungen, deren Mangel die Ehehindernisse begründet. An sich sind solche Hindernisse auch bei der Wiederherstellung denkbar. Es zeigt sich aber, daß die vom Gesetz als trennende Hindernisse bezeichneten Umstände, die eine giltige Ehe nicht zustande kommen lassen, abgesehen von der Geschäftsunfähigkeit, während der Aufhebungszeit überhaupt nicht entstehen können.[2]) Solche Umstände dagegen, die die Eheschließung zwar nicht ungiltig, aber unzulässig machen, können auch bei der Wiederherstellung vorliegen.[3]) Sie können aber das Zustandekommen derselben umsoweniger hindern, als diese keine amtliche Mitwirkung erfordert, die wegen eines solchen Hindernisses verweigert werden könnte.

Denkbar ist dagegen bei der Wiederherstellung eine entsprechende Anwendung von Sätzen, die für das Verlöbnis aufgestellt sind, z. B. § 1298.[4])

Eine Wiederherstellung der e. G. im Sinn des § 1587 ist natürlich erst dann möglich, wenn die Aufhebung eingetreten ist. Haben sich aber die Ehegatten, die schon während des Aufhebungsprozesses getrennt lebten, noch vor der Rechtskraft des Urteils wieder vereinigt, so entbehrt dieses jeglicher Wirkung.[5])

II. Ueber die Wirkungen der Wiederherstellung bestimmt § 1587 als Grundsatz: „Die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen fallen weg." Die Wiederherstellung beendigt

---

[1]) Dernburg a. a. O. vgl. Stubenrauch zu § 110; A. A. Planck zu § 1587 Nr. 1.

[2]) S. §§ 1309/1326, 1312/1328, 1310 Abs. 1/1327; Seckel III. Nr. 6.

[3]) z. B. §§ 1310 Abs. 2, 1314.

[4]) Seckel III. Nr. 5. A. A. Staudinger zu 1587 II, A, 1; Friedberg § 158 Anm. 53.

[5]) Seckel III. Nr. 8; derselbe in Festgabe der Berliner juristischen Gesellschaft für Koch (1903) S. 244 ff., A. A. Planck zu § 1587 Anm. 1; nach Plancks Ansicht müßte das Urteil in diesem Falle wenigstens den Eintritt der Gütertrennung zur bleibenden Folge haben.

also den durch die Aufhebung herbeigeführten außergewöhnlichen Zustand der Ehe, was zur notwendigen Folge hat, daß diese wieder ihre frühere normale Gestalt annimmt. Die Wiederherstellung ist ihrem Wesen nach die Einigung der getrennten Gatten, die aufgegebene Lebensgemeinschaft wieder aufnehmen zu wollen. Damit wird das Recht auf die eheliche Gemeinschaft wieder vollwirksam. Andererseits erlischt das Recht, auf Grund der Aufhebung nach § 1576 Scheidung zu verlangen. Es endigt ferner die mit der Aufhebung verbundene Beschränkung der sekundären Wirkungen der Ehe, die infolgedessen auf allen Gebieten wieder hervortreten. Dem Wiedereintritt der Ehewirkungen entspricht der Wegfall der sog. spezifischen Scheidungswirkungen. Aus dem Wesen der Wiederherstellung ergibt sich von selbst, daß alle diese Wirkungen nur für die Zukunft eintreten, dagegen an dem Zustand der Ehe zwischen der Aufhebung und Wiederherstellung nichts geändert wird. Diese Wirkungen der Wiederherstellung werden auch von den Vertretern der Auflösungstheorie angenommen, obwohl ihnen dabei, wie oben in § 6 gezeigt worden ist, von ihrer Grundauffassung aus Schwierigkeiten entstehen.

Die Wiederherstellung schafft also nichts Neues, sondern führt nur die alte Ehe der getrennten Gatten, die ja nicht zu bestehen aufgehört hat, in ihre frühere normale Gestalt zurück. Daraus ergibt sich Folgendes:

1. War die Ehe vor der Aufhebung nichtig oder anfechtbar, so ändert die Wiederherstellung daran ebensowenig etwas, wie die Aufhebung hier etwas geändert hat. Nur wo eine Heilung des Mangels durch Bestätigung möglich ist, muß in der Wiederherstellung, falls sie in Kenntnis des Mangels erfolgt, eine stillschweigende Bestätigung der Ehe erblickt werden.

2 Zur Zeit des Aufhebungsurteils können noch andere Scheidungsgründe bestehen als diejenigen, die in dem Verfahren geltend gemacht worden sind und auf Grund deren das Urteil ergangen ist. Diese haben, sobald das Aufhebungsurteil rechtskräftig geworden ist, zunächst keine andere Bedeutung, als im Fall der Scheidung. Wie im Scheidungsurteil, so ist auch im Aufhebungsurteil das künftige Verhältnis der Gatten endgiltig geregelt, und auf die im Verfahren nicht berücksichtigten Aufhebungsgründe kann nicht mehr zurückgegriffen werden, außer im Fall einer Wiederaufnahme des Verfahrens. Wird nach der Aufhebung die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt, so wirkt die Wiederherstellung auf alle vor ihr liegenden Scheidungsgründe

wie die Verzeihung, oder schließt vielmehr eine stillschweigende Verzeihung derselben in sich, so weit die Gatten bei der Wiederherstellung Kenntnis von ihnen hatten. War dagegen ein solcher Scheidungsgrund bei der Wiederherstellung der e. G. einem der Gatten unbekannt, so kann eine Verzeihung desselben nicht angenommen werden. Die Wiederherstellung ist dann zwar wirksam, es besteht aber sogleich auch wieder die Möglichkeit einer neuen Aufhebung bezw. Scheidung. Der Zustand der Aufhebung schließt ein neues Aufhebungsurteil ebenso wie ein materielles Scheidungsverfahren aus, weil die Aufhebung wie die Scheidung ihrer Idee nach das letzte Mittel bei einer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses ist. Sobald aber die Wirkungen der Aufhebung durch die Wiederherstellung beseitigt sind, kann dasselbe Mittel sogleich wieder von neuem angewendet werden auch wegen eines Grundes, der bereits vor der ersten Aufhebung entstanden ist. Daß durch die Rechtskraft eines Scheidungs- oder Aufhebungsurteils auch das auf einem damals noch nicht bekannten und geltend gemachten Grund beruhende Recht auf Scheidung verbraucht werde, dürfte sich nicht begründen lassen.[1]) Die zehnjährige Frist, deren Ablauf nach § 1571 die Scheidung ausschließt, ist dabei in ihrem Lauf gehemmt, da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die der häuslichen Gemeinschaft einschließt. In der Wiederherstellung liegt zugleich eine Verzeihung des Aufhebungsgrundes seitens des nichtschuldigen Teiles. Dies hindert jedoch nicht, daß in dem neuen Prozeß, wenn der in dem früheren Prozeß Beklagte jetzt als Kläger auftritt, ein doppelter Schuldausspruch gemäß § 1574 Abs. 3 erfolgen kann.[2]) Das Vorhandensein eines solchen durch die Wiederherstellung nicht verziehenen Scheidungsgrundes kann unter Umständen zugleich einen Grund bilden, die Wiederherstellung anzufechten, so daß der schuldlose Teil zwischen beiden Möglichkeiten die Wahl hat.[3])

3. Was von den bereits vor der Aufhebung vorhandenen und weder durch den Aufhebungsprozeß verbrauchten, noch durch die Wiederherstellung verziehenen Aufhebungsgründen gesagt wurde, gilt auch von den nach der Aufhebung eingetretenen Tatsachen, die, wenn sie vorher eingetreten gewesen wären, zur Begründung der Aufhebung hätten geltend gemacht werden können. So lange es nicht

[1]) Seckel vor N. 163.
[2]) Seckel IV Nr. 5 a. E.
[3]) Vergl. Seckel No. 163.

zu einer Wiederherstellung gekommen ist, sind solche Scheidungsgründe freilich ohne zivilrechtliche Bedeutung. Denn der Zustand der Aufhebung schließt ein neues materielles Aufhebungs- oder Scheidungsverfahren aus (s. o. unter 2), und damit auch eine Abänderung der Entscheidung über die Schuldfrage. Dies berechtigt aber nicht zu dem Schluß, daß während der Aufhebung neue Scheidungsgründe nicht entstehen können.[1]) Auch bei der französischen séparation de corps ist die im Separationsurteil über die Schuldfrage getroffene Entscheidung endgiltig.[2]) Erfolgt dann eine Wiederherstellung, ohne daß der verletzte Teil dabei um den Scheidungsgrund weiß, so kann auf ihn alsbald eine neue Scheidungs- oder Aufhebungsklage gestützt werden.[3]) Hier können natürlich solche Scheidungsgründe nicht in Betracht kommen, deren Entstehung während der Aufhebung durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist: wie die böswillige Verlassung (§ 1567) und die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses (§ 1568), ebenso Geisteskrankheit (§ 1569), da sie das Zustandekommen einer Wiederherstellung hindert. Dagegen kann, wie oben § 8 gezeigt worden ist, ein Ehebruch (§ 1565) während der Aufhebung vorkommen, ebenso auch eine Lebensnachstellung seitens eines Gatten gegenüber dem andern. In einem solchen Fall kann dann auch die Bestrafung eines während der Aufhebung begangenen Ehebruchs erfolgen.

4. Diejenigen Wirkungen der Ehe, die nachgiebigen Rechtes sind und vor der Aufhebung durch rechtsgeschäftliche Anordnungen der Gatten abgeändert waren, erscheinen auch nach der Wiederherstellung, von dem Güterstand abgesehen, für den in § 1587 eine Sondervorschrift getroffen ist, wieder in dieser abgeänderten Gestalt.[4]) Dies gilt z. B. von der Schlüsselgewalt der Ehefrau, von deren Staatsangehörigkeit[5]), von dem Ehegattenerbrecht bei Erbverzicht. Andererseits müssen solche Verfügungen von Todes wegen, die infolge der Aufhebung unwirksam geworden waren (§§ 2077, 2268, 2279) mit der Wiederherstellung wieder wirksam werden.[6])

[1]) So Planck zu § 1576 Anm. 4.

[2]) Zachariä-Crome S. 129.

[3]) Ebenso Friedberg § 158 Anm. 52, Olshausen zu § 172 Nr. 8; Th. Olshausen S. 159.

[4]) Seckel IV. Nr. 2. A. M. Behr. Eine abweichende Ansicht wurde auch in der Reichstagskommission geäußert, indem bemerkt wurde, ohne die Sondervorschrift in § 1587 müsse infolge der Wiederherstellung ohne Rücksicht auf den früheren Zustand gesetzliches Güterrecht eintreten.

[5]) Vgl. darüber Sartorius S. 32 N. 81.

[6]) A. M. Planck § 2268 Anm. 1 Abs. 4.

Eine Sondervorschrift gilt im Fall der Wiederherstellung für das eheliche Güterrecht. Nach der Wiederherstellung tritt als gesetzlicher Güterstand stets Gütertrennung ein, ohne Rücksicht darauf, welcher Güterstand vor der Aufhebung herrschte, § 1587 letzter Satzteil. Das B. G. B. folgt hier dem französischen Recht.[1]) Diese Vorschrift kann durch Ehevertrag ebenso abgeändert werden, wie § 1363 im Fall der Eheschließung. Zur unbeschränkten Wirksamkeit gegenüber Dritten bedarf die Gütertrennung der Eintragung im Güterrechtsregister.[2])

Wegen der zwischen der Wiederherstellung und der Eheschließung bestehenden weitgehenden Analogie (s. o. am Anfang dieses §) sind manche für die Eheschließung geltenden Vorschriften auf die Wiederherstellung entsprechend anzuwenden. So hat namentlich ein Ehegatte, der während der Aufhebung durch Adoption oder Legitimation die elterliche Gewalt über ein Kind erlangt hat oder inzwischen zum Vormund des eigenen ehelichen Kindes bestellt worden ist, im Fall der Wiederherstellung die im § 1669 bezeichneten Pflichten zu erfüllen, §§ 1669, 1740, 1761, 1845. Die Frau, die zum Vormund bestellt ist, kann im Fall der Wiederherstellung entlassen werden, § 1887.[3])

§ 10. Scheidung nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Für den Fall, daß es zu einer A. d. e. G. gekommen ist, gibt B. G. B. § 1576 jedem der Beteiligten, auch dem allein für schuldig erklärten das Recht, auf Grund des Aufhebungsurteils Scheidung zu verlangen, wenn nur nicht inzwischen die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt worden ist. (Umwandlung der Aufhebung in Scheidung, conversion des französischen Rechts.)

Das B. G. B. folgt hier wieder dem französischen Recht. Nach diesem konnte früher der Beklagte, außer in dem Fall, wo die séparation wegen Ehebruchs der Frau ausgesprochen war, nach dreijähriger Dauer der séparation die Scheidung verlangen, wenn sich nicht der Kläger zur Wiederaufnahme des ehelichen Lebens bereit erklärte. Dies wurde durch das Gesetz vom 27. Juli 1884 bei der Wiedereinführung der

[1]) Zachariä-Crome S. 164.
[2]) Staudinger zu § 1587 III. B., Planck zu 1587 Nr. 4.
[3]) Vgl. Seckel IV Nr. 7 ff.

Scheidung dahin geändert, daß nach Ablauf von drei Jahren jeder Teil ohne Rücksicht auf den Trennungsgrund die Scheidung bei Gericht beantragen kann, das sie dann nach seinem Ermessen zulassen oder versagen kann. [1])

Die Bedeutung dieser Anordnungen ist die gleiche. Sie führen das in § 1575 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. und in a. 306 code civil enthaltene Prinzip weiter durch. Das Gesetz gewährt im Fall einer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zwei Auswege: Scheidung und Aufhebung. Wer die Scheidung nicht will, mag die Aufhebung wählen. Wie aber niemand gezwungen ist, die Aufhebung und nicht die Scheidung zu verlangen, so ist er auch nicht in der schon eingetretenen Aufhebung zu bleiben genötigt. Auch nach rechtskräftig erkannter Aufhebung wird die Möglichkeit offen gehalten, jederzeit von der Aufhebung zur Scheidung überzugehen. Die Aufhebung steht nicht vor der Scheidung als ein sie vorbereitendes Provisorium, sondern sie steht neben ihr als ein Ersatzmittel für sie. Dies kommt im B. G. B., das den Uebergang, abgesehen von dem Fall der Wiederherstellung unbeschränkt zuläßt, deutlicher zum Ausdruck, als im französischen Recht, das hier einige beschränkende Anordnungen trifft. In der Möglichkeit, zwischen Scheidung und Aufhebung zu wählen, insbesondere von der bereits erfolgten Aufhebung zur Scheidung überzugehen, liegt der Hauptunterschied der A. d. e. G. von der kanonischen Separation [2]) Die Aufhebung ist aber deshalb noch nicht, wie es in der zitierten Reichsgerichtsentscheidung heißt, „etwas ganz anderes“ als die Separation. Denn der Zustand der Aufhebung unterscheidet sich seiner rechtlichen Natur nach nicht wesentlich von dem der Separation, in beiden Fällen dauert die Ehe dem Bande nach fort. Nur in der Hinsicht besteht ein freilich sehr bedeutsamer Unterschied, daß die kanonische Separation im Fall einer unhaltbar gewordenen Ehe das einzige Auskunftsmittel ist und eine Wiederverheiratung eines der Getrennten zu Lebzeiten des anderen bei ihr völlig ausgeschlossen ist; die A. d. e. G. dagegen von beiden Beteiligten freiwillig gewählt ist, und das bei ihr bestehende Hindernis der Wiederverheiratung von jedem Teil jederzeit beseitigt werden kann.

Aus dem rechtlichem Charakter der Umwandlung ergeben sich folgende Einzelheiten. Die Möglichkeit die Aufhebung in Scheidung umzuwandeln, ist darin begründet, daß einer-

[1]) a. 310 c. c. Zachariä-Crome S 127 f.

[2]) So Reichsgericht Bd. 48 S. 148; Friedberg § 158 Anm. 49, Opet Vorbem. 3 zu Titel VII. Niemeyer Internat. Privatr. 1901 S. 153.

seits die Ehe bei der Aufhebung noch nicht aufgelöst ist, andererseits im Aufhebungsurteil ein Zustand der Ehe gerichtlich festgestellt wird, der nicht nur für die Aufhebung, sondern ebenso für die Scheidung eine genügende Unterlage bietet, und daß an diesem Zustand während der ganzen Dauer der Aufhebung nichts geändert wird. Das Verlangen nach der Scheidung gründet sich lediglich auf die bestehende Aufhebung. Es ist daher weder notwendig, noch zulässig, neue Scheidungsgründe vorzubringen, ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach der Aufhebung entstanden sind, § 1576 Abs. 2, 1572, 1573. Das Recht, Scheidung zu verlangen, dauert deshalb auch so lang wie die Aufhebung selbst, es bleibt wie diese unberührt von Verzeihung des Scheidungsgrundes und Zeitablauf (§§ 1576 Abs. 2, 1570, 1571), erlischt aber mit ihr durch Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, § 1576 Abs. 1. Ueber die Schuldfrage entscheidet auch im Scheidungsurteil lediglich die Feststellung des Aufhebungsurteils, § 1576 Abs. 2.

Das Recht, auf Grund der Aufhebung Scheidung zu verlangen, erlischt mit der Aufhebung durch Wiederherstellung der e. G. Die Wiederherstellung kann daher nicht, wie in der Reichstagskommission angenommen wurde, als eine Einrede angesehen werden, die der Beklagte gegenüber dem Scheidungsbegehren des Klägers geltend machen müsse, auf die er also auch verzichten kann. Sie ist vielmehr ein Einwand, der das Recht auf Scheidung zum Erlöschen bringt, der also auch nach den gewöhnlichen Prozeßregeln vom Gericht berücksichtigt werden muß, auch wenn er nicht vom Beklagten geltend gemacht, sondern überhaupt irgend wie, vielleicht gar in den klägerischen Vorträgen vorgebracht wird. Nach den besonderen Vorschriften des Eheprozesses kann das Gericht die Tatsache der Wiederherstellung zum Zweck der Aufrechterhaltung der Ehe gemäß § 622 C. P. O. von Amtswegen berücksichtigen und die Aufnahme von entsprechenden Beweisen anordnen, ebenso kann die Staatsanwaltschaft sie mit den nötigen Beweismitteln vorbringen, § 607 C. P. O.[1])

[1]) Vgl. K. L. Mayer S. 89 ff.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Jakob Rauch, am 2. März 1881 zu Höchst a. M. als Sohn des Kaufmanns Julius Rauch. Ich bin katholischer Konfession. Ostern 1899 erlangte ich am Gymnasium zu Montabaur das Zeugnis der Reife. Von da an bis Ostern 1901 studierte ich an der Universität Freiburg i. B. und dann noch bis Ostern 1902 im Priesterseminar zu Fulda Philosophie und Theologie und bestand hierauf vor der Bischöflichen Prüfungskommission zu Limburg a. d. L. das Examen pro introitu seminarii. Bis Ostern 1906 widmete ich mich dann in Berlin dem Studium der Rechte. Auch an dieser Stelle sage ich allen meinen hochverehrten Lehrern für die Förderung meiner Studien ehrfurchtsvollen Dank, ganz besonders dem Herrn Geheimen Justizrat Prof. D. Dr. Kahl.